المهذب

في فقه الإمام الشافعي

تأليف
أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف
الفيروزابادي الشيرازي
المتوفى سنة ٤٧٦ هـ

وبذيل صحائفه

النظم المستعذب في شرح غريب المهذب

لمحمد بن أحمد بن محمد بن بطال الركبي اليمني
المتوفى سنة ٦٣٣ هـ

ضبطه وصححه ووضع حواشيه
الشيخ زكريا عميرات

الجزء الثاني

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon



كتاب البيوع

البيع جائز وأصله قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [النساء: ٢٩] وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [البقرة: ٢٧٥] ويصح البيع من كل بالغ عاقل مختار، فأما الصبي والمجنون فلا يصح بيعهما، لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق». ولأنه تصرف في المال فلم يفوض إلى الصبي والمجنون كحفظ المال. فأما المكره، فإنه إن كان بغير حق لم يصح بيعه لقوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، **إلا أن تكون تجارة** عن تراض منكم﴾ فدل على أنه إذا لم يكن عن تراض لم يحل الأكل، وروى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: إنما البيع عن تراض. فدل على أنه لا بيع عن غير تراض ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح ككلمة الكفر إذا أكره عليها المسلم، وإن كان بحق صح لأنه قول حمل عليه بحق فصح ككلمة الإسلام إذا أكره عليها الحربي.

فصل: ولا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع، لأن اسم البيع لا يقع عليه والإيجاب أن يقول بعتك أو ملكتك أو ما أشبههما، والقبول أن يقول قبلت أو ابتعت أو ما أشبههما فإن قال المشتري بعني فقال البائع: بعتك انعقد البيع لأن ذلك يتضمن الإيجاب والقبول وإن كتب رجل إلى رجل ببيع سلعة فيه وجهان: أحدهما ينعقد

ومن كتاب البيوع

البيع نقل الملك في العين بعقد المعارضة يقال باع الشيء إذا أخرجه من ملكه، وباعه إذا اشتراه وأدخله في ملكه. وهو من الأضداد. وكذا شرى إذا أخذ وشرى إذا باع قال الله تعالى: ﴿وشروه بثمن بخس﴾ [يوسف: ٢٠] أي باعوه. وذلك لأن كل واحد من المتبايعين يأخذ عوضاً ويعطي عوضاً فهو بائع لما أعطى، ومشتر لما أخذ فصلح الاسمان لهما جميعاً ومنه قوله ﷺ «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا». أنشد أبو عبيدة:

وباع بنيه بعضهم بخسارة ... وبعت لذبيان العلاء بمالك

أي شريت قوله: **(إلا أن تكون تجارة)** ليس هو على ظاهره، وإنما المعنى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، أي العقود الفاسدة التي لا تجوز في الشرع كالربا، والقمار،

البيع لأنه موضع ضرورة والثاني لا ينعقد وهو الصحيح لأنه قادر على النطق فلا ينعقد البيع بغيره، وقول القائل الأول إنه موضع ضرورة لا يصح لأنه يمكنه أن يوكل من يبيعه بالقول.

فصل: وإذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والامضاء إلى أن يتفرقا أو يتخايرا، لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر»[1]. والتفرق أن يتفرقا بأبدانهما بحيث إذا كلمه عن العادة لم يسمع كلامه، لما روى نافع أن ابن عمر كان إذا اشترى شيئاً مشى أذرعاً ليجب البيع ثم يرجع، ولأن التفرق في الشرع مطلق، فوجب أن يحمل على التفرق المعهود وذلك يحصل بما ذكرناه، وإن لم يتفرقا ولكن جعل بينهما حاجز من ستر أو غيره، لم يسقط الخيار لأن ذلك لا يسمى تفرقاً. وأما التخاير فهو أن يقول أحدهما للآخر اختر إمضاء البيع أو فسخه فيقول الآخر اخترت إمضاءه أو فسخه فينقطع الخيار لقوله عليه الصلاة والسلام، أو يقول أحدهما للآخر اختر فإن خير أحدهما صاحبه فسكت لم ينقطع خيار المسؤول. وهل ينقطع خيار السائل؟ فيه وجهان: أحدهما لا ينقطع خياره كما لو قال لزوجته اختاري فسكتت فإن خيار الزوج في طلاقها لا يسقط، والثاني أنه ينقطع لقوله عليه الصلاة والسلام أو يقول أحدهما للآخر اختر، فدل على أنه إذا قال يسقط خياره، ويخالف تخيير المرأة فإن المرأة لم تكن مالكة للخيار، وإذا خيرها فقد ملكها ما لم تكن تملكه، فإذا سكتت بقي على حقه وههنا المشتري يملك الفسخ فلا يفيد تخييره إسقاط حقه من الخيار فإن أكرها على التفرق ففيه وجهان: أحدهما يبطل الخيار لأنه كان يمكنه أن يفسخ بالتخاير، فإذا لم يفعل فقد رضي بإسقاط الخيار والثاني أنه لا يبطل لأنه لم يوجد منه أكثر من السكوت والسكوت لا يسقط الخيار.

فصل: فإن باعه على أن لا خيار له ففيه وجهان: من أصحابنا من قال يصح لأن الخيار جعل رفقاً بهما فجاز لهما تركه ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه، وقال أبو إسحاق لا يصح وهو الصحيح، لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع، فلم يجز إسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع. فإن قلنا بهذا فهل يبطل العقد بهذا الشرط؟ فيه وجهان: أحدهما لا يبطل لأن هذا الشرط لا يؤدي إلى الجهل بالعوض المعوض، والثاني يبطل لأنه

والنجش، والظلم، ولكن كلوا بالتجارة، وإلا ههنا بمعنى لكن، وقيل للاستثناء هو استثناء منقطع من غير الجنس الأول، لأن التجارة ليست من جنس الباطل. والمعاطاة المناولة من عطى يعطو، إذ تناول مفاعلة من العطاء، وهو أن يتقابضا من غير عقد.

---

(١) رواه البخاري في كتاب البيوع باب ١٩، ٢٢. مسلم في كتاب البيوع حديث ٤٣، ٤٦. أبو داود في كتاب البيوع باب ٥١. الترمذي في البيوع باب ٢٦. النسائي في كتاب البيوع باب ٤، ٨. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ١٧. الموطأ في كتاب البيوع حديث ٧٩. أحمد في مسنده (٢/٤، ٩) (٣/٤٠٣).

يسقط موجب العقد فأبطله كما لو شرط أن لا يسلم المبيع.

فصل: ويجوز شرط خيار ثلاثة أيام في البيوع التي لا ربا فيها، لما روى محمد بن يحيى بن حبان قال: كان جدي قد بلغ ثلاثين ومائة سنة لا يترك البيع والشراء، ولا يزال يخدعُ فقال رسول الله ﷺ: «من بايعته فقل **لا خلابة** وأنت بالخيار ثلاثاً»(١) فأما في البيوع التي فيها الربا وهي الصرف وبيع الطعام بالطعام، فلا يجوز فيها شرط الخيار لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمام البيع، ولهذا لا يجوز أن يتفرقا إلا عن قبض العوضين، فلو جوزنا شرط الخيار لتفرقا ولم يتم البيع بينهما وجاز شرط الخيار في ثلاثة أيام، وفيما دونها لأنه إذا جاز شرط الثلاث فما دونها أولى بذلك، ولا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لأنه غرر. وإنما جوز في الثلاث لأنه رخصة، فلا يجوز فيما زاد ويجوز أن يشترط لهما، ولأحدهما دون الآخر ويجوز أن يشترط لأحدهما ثلاثة أيام وللآخر يوم أو يومان، لأن ذلك جعل إلى شرطهما، فكان على حسب الشرط. فإن شرطا ثلاثة أيام ثم تخايرا سقط قياساً على خيار المجلس، وإن شرط الخيار لأجنبي ففيه قولان: أحدهما لا يصح لأنه حكم من أحكام العقد فلا يثبت لغير المتعاقدين كسائر الأحكام. والثاني يصح لأنه جعل إلى شرطهما للحاجة، وربما دعت الحاجة إلى شرطه للأجنبي بأن يكون أعرف بالمتاع منهما. فإن شرطه للأجنبي وقلنا إنه يصح فهل يثبت له؟ فيه وجهان: أحدهما يثبت له لأنه إذا ثبت للأجنبي من جهته فلأن يثبت له أولى، والثاني لا يثبت لأن ثبوته بالشرط فلا يثبت إلا لمن شرط له. قال في الصرف: إذا اشترى بشرط الخيار على أن لا يفسخ حتى يستأمر فلاناً لم يكن له أن يفسخ حتى يقول استأمرته فأمرني بالفسخ. فمن أصحابنا من قال له أن يفسخ من غير إذنه لأن له أن يفسخ من غير شرط الاستئمار، فلا يسقط حقه بذكر الاستئمار، وتأول ما قاله على أنه أراد به أنه لا يقول استأمرته إلا بعد أن يستأمره لئلا يكون كاذباً، ومنهم من حمله على ظاهره أنه لا يجوز أن يفسخ لأنه ثبت بالشرط فكان على ما شرط، وإذا شرط الخيار في البيع ففي ابتداء مدته وجهان: أحدهما من حين العقد لأنها مدة ملحقة بالعقد، فاعتبر ابتداؤها من حين العقد كالأجل، ولأنه لو اعتبر من

قوله: (**لا خلابة**) أي لا خديعة، ويقال الخلابة أن تخلب المرأة قلب الرجل بألطف القول وأخلبه. يقال خلبه يخلبه بالضم وفي المثل: إذا لم تغلب فاخلب أي فاخدع. ومنه السحاب الخلب الذي لا مطر فيه. والخداع هو إظهار غير ما في النفس وإخفاء الغش من خدعت عين الشمس إذا غابت. وقيل معناه الفساد كما قال:

---

(١) رواه البخاري في كتاب البيوع باب ٤٨. مسلم في كتاب البيوع حديث ٤٨. أبو داود في كتاب البيوع باب ٦٦. الترمذي في كتاب البيوع باب ٢٨. الموطأ في كتاب البيوع حديث ٩٨. أحمد في مسنده (٨٠/٢).

حين التفرق صار أول مدة الخيار مجهولاً لأنه لا يعلم متى يفترقان. والثاني أنه يعتبر من حين التفرق لأن ما قبل التفرق الخيار ثابت فيه بالشرع، فلا يثبت فيه بشرط الخيار، فإن قلنا إن ابتداءه من حين العقد فشرط أن يكون من حين التفرق بطل لأن وقت الخيار مجهول، ولأنه يزيد الخيار على ثلاثة أيام، وإن قلنا إن ابتداءه من حين التفرق، فشرط أن يكون من حين العقد ففيه وجهان: أحدهما يصح لأن ابتداء الوقت معلوم، والثاني لا يصح لأنه شرط ينافي موجب العقد فأبطله، ومن ثبت له الخيار فله أن يفسخ في محضر من صاحبه وفي غيبته لأنه رفع عقد جعل إلى اختياره، فجاز في حضوره وغيبته كالطلاق، فإن تصرف في المبيع تصرفاً يفتقر إلى الملك كالعتق والوطء والهبة والبيع وما أشبهها نظرت؛ فإن كان ذلك من البائع كان اختياراً للفسخ لأنه تصرف يفتقر إلى الملك فجعل اختياراً للفسخ والرد إلى الملك، وإن كان ذلك من المشتري ففيه وجهان: قال أبو إسحاق: إن كان ذلك عتقاً كان اختياراً للإمضاء، وإن كان غيره لم يكن اختياراً لأن العتق لو وجد قبل العلم بالعيب منع الرد، فأسقط خيار المجلس، وخيار الشرط وما سواه لو وجد قبل العلم بالعيب لم يمنع الرد فلم يسقط خيار المجلس وخيار الشرط وقال أبو سعيد الإصطخري: الجميع اختيار للإمضاء وهو الصحيح لأن الجميع يفتقر إلى الملك فكان الجميع اختياراً للملك، ولأن في حق البائع الجميع واحد، فكذلك في حق المشتري، فإن وطئها المشتري بحضرة البائع وهو ساكت فهل ينقطع خيار البائع بذلك؟ فيه وجهان: أحدهما ينقطع لأنه أمكنه أن يمنعه، فإذا سكت كان ذلك رضا بالبيع، والثاني لا ينقطع لأنه سكوت عن التصرف في ملكه، فلا يسقط عليه حكم التصرف، كما لو رأى رجلاً يخرق ثوبه فسكت عنه، فإن جن من له الخيار أو أغمي عليه انتقل الخيار إلى الناظر في ماله، وإن مات فإن كان في خيار الشرط انتقل الخيار إلى من ينتقل إليه المال لأنه حق ثابت لإصلاح المال فلم يسقط بالموت كالرهن وحبس المبيع على الثمن، فإن لم يعلم والوارث حتى مضت المدة ففيه وجهان: أحدهما يثبت له الخيار في القدر الذي بقي من المدة لأنه لما انتقل الخيار إلى غير من شرط له بالموت وجب أن ينتقل إلى غير الزمان الذي شرط فيه، والثاني أنه تسقط المدة ويثبت الخيار للوارث على الفور، لأن المدة فاتت وبقي الخيار فكان على الفور كخيار الرد بالعيب، وإن كان في خيار المجلس فقد روى المزني أن الخيار للوارث، وقال في المكاتب إذا مات وجب البيع، فمن أصحابنا من قال لا يسقط الخيار بالموت في المكاتب وغيره، وقوله في المكاتب وجب

---

* طيب الريق إذا الريق خدع *

أي فسد كأنه يفسد ما يظهره من النصيحة بما يخفيه من الغش.

البيع أراد به أنه ينفسخ بالموت كما تنفسخ الكتابة. ومنهم من قال يسقط الخيار في بيع المكاتب ولا يسقط في بيع غيره، لأن السيد يملك بحق الملك، فإذا لم يملك في حياة المكاتب لم يملك بعد موته، والوارث يملك بحق الإرث فانتقل إليه بموته. ومنهم من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين إلى الأخرى وخرجهما على قولين: أحدهما أنه يسقط الخيار لأنه إذا سقط الخيار بالتفرق فلأن يسقط بالموت والتفرق فيه أعظم أولى، والثاني لا يسقط وهو الصحيح، لأنه خيار ثابت لفسخ البيع فلم يبطل بالموت كخيار الشرط، فعلى هذا إن كان الذي ينتقل إليه الخيار حاضراً ثبت له الخيار إلى أن يتفرقا أو يتخايرا، وإن كان غائباً ثبت له الخيار إلى أن يفارق الموضع الذي بلغه فيه.

فصل: وفي الوقت الذي ينتقل الملك في البيع الذي فيه خيار المجلس أو خيار الشرط ثلاثة أقوال: أحدها ينتقل بنفس العقد لأنه عقد معاوضة يوجب الملك فانتقل الملك فيه بنفس العقد كالنكاح، والثاني أنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار، لأنه لا يملك التصرف إلا بالعقد وانقضاء الخيار فدل على أنه لا يملك إلا بهما. والثالث أنه **موقوف مراعى**، فإن لم يفسخ العقد تبينا أنه ملك بالعقد، وإن فسخ تبينا أنه لم يملك لأنه لا يجوز أن يملك بالعقد لأنه لو ملك بالعقد لملك التصرف، ولا يجوز أن يملك بانقضاء الخيار، لأن انقضاء الخيار لا يوجب الملك، فثبت أنه موقوف مراعى. فإن كان المبيع عبداً فأعتقه البائع نفذ عتقه، لأنه إن كان باقياً على ملكه فقد صادف العتق ملكه، وإن كان قد زال ملكه عنه إلا أنه يملك الفسخ فجعل العتق فسخاً، وإن أعتقه المشتري لم يخل إما أن يفسخ البائع البيع أو لا يفسخ، فإن لم يفسخ وقلنا إنه يملكه بنفس العقد أو قلنا إنه موقوف نفذ عتقه لأنه صادف ملكه، وإن قلنا إنه لا يملك بالعقد لم يعتق لأنه لم يصادف ملكه وإن فسخ البائع وقلنا إنه لا يملك بالعقد أو موقوف لم يعتق لأنه لم يصادف ملكه، وإن قلنا إنه يملك بالعقد ففيه وجهان: قال أبو العباس إن كان موسراً عتق وإن كان معسراً لم يعتق لأن العتق صادف ملكه، وقد تعلق به حق الغير فأشبه عتق المرهون، ومن أصحابنا من قال لا يعتق وهو المنصوص لأن البائع اختار الفسخ والمشتري اختار الإجازة بالعتق، والفسخ والإجازة إذا اجتمعا قدم الفسخ ولهذا لو قال المشتري أجزت وقال البائع بعده فسخت قدم الفسخ وبطلت الإجازة وإن كانت سابقة للفسخ. فإن قلنا لا يعتق عاد العبد إلى ملك البائع، وإن قلنا يعتق فهل يرجع البائع بالثمن أو القيمة؟ قال أبو العباس يحتمل وجهين: أحدهما يرجع بالثمن ويكون العتق مقرراً للعقد ومبطلاً للفسخ. والثاني

قوله: **(موقوف مراعى)** معنى موقوف لا ينفذ فيه حكم ملك أحدهما. ومعنى مراعى أي منتظر من قوله تعالى: ﴿لا تقولوا راعنا﴾ [البقرة: ١٠٤] أي انظرنا.

أنه يرجع بالقيمة لأن البيع انفسخ وتعذر الرجوع إلى العين فرجع إلى قيمته، كما لو اشترى عبداً بثوب وأعتق العبد ووجد البائع بالثوب عيباً فرده فإنه يرجع بقيمة العبد، فإن باع البائع المبيع أو وهبه صح لأنه إما أن يكون على ملكه فيملك العقد عليه، وإما أن يكون للمشتري إلا أنه يملك الفسخ فجعل البيع والهبة فسخاً. وإن باع المشتري المبيع أو وهبه نظرت؛ فإن كان بغير رضى البائع، فإن قلنا إنه في ملك البائع لم يصح تصرفه، وإن قلنا إنه في ملكه ففيه وجهان: قال أبو سعيد الإصطخري: يصح وللبائع أن يختار الفسخ فإذا فسخ بطل تصرف المشتري، ووجهه أن التصرف صادف ملكه الذي ثبت للغير فيه حق الانتزاع فأشبه إذا اشترى شقصاً فيه شفعة فباعه، ومن أصحابنا من قال لا يصح لأنه باع عيناً تعلق بها حق الغير من غير رضاه فلم يصح كما لو باع الراهن المرهون، فأما إذا تصرف فيه برضى البائع نظرت؛ فإن كان عتقاً نفذ لأنهما رضيا بإمضاء البيع، وإن كان بيعاً أو هبة ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه ابتدأ بالتصرف قبل أن يتم ملكه، والثاني يصح لأن المنع من التصرف لحق البائع وقد رضي البائع.

فصل: وإن كان المبيع جارية لم يمنع البائع من وطئها لأنها باقية على ملكه في بعض الأقوال، ويملك ردها إلى ملكه في بعض الأقوال، فإذا وطئها انفسخ البيع، ولا يجوز للمشتري وطؤها لأن في أحد الأقوال لا يملكها، وفي الثاني مراعي فلا يعلم هل يملكها أم لا، وفي الثالث يملكها ملكاً غير مستقرٍ فإن وطئها لم يجب الحد، وإن أحبلها ثبت نسب الولد وانعقد الولد حراً لأنه إما أن يكون في ملك أو شبهة ملك، وأما المهر وقيمة الولد وكون الجارية أم ولد فإنه يبني على الأقوال، فإن أجاز البائع البيع بعد وطء المشتري وقلنا إن الملك للمشتري أو موقوف لم يلزمه المهر، ولا قيمة الولد وتصير الجارية أم ولد لأنها مملوكته. وإن قلنا إن الملك للبائع فعليه المهر. وقال أبو إسحاق: لا يلزمه كما لا تلزمه أجرة الخدمة، والمذهب الأول لأنه وطء في ملك البائع، ويخالف الخدمة فإن الخدمة تستباح بالإباحة، والوطء لا يستباح. وفي قيمة الولد وجهان: أحدهما لا تلزمه لأنها وضعته في ملكه، والاعتبار بحال الوضع ألا ترى أن قيمة الولد تعتبر حال الوضع، والثاني تلزمه لأن العلوق حصل في غير ملكه، والاعتبار بحال العلوق لأنها حالة الإتلاف، وإنما تأخر التقويم إلى حال الوضع لأنه لا يمكن تقويمه في حال العلوق، وهل تصير الجارية أم ولد؟ فيه قولان كما قلنا فيمن أحبل جارية غيره بشبهة، فأما إذا فسخ البيع وعادت إلى ملكه، فإن قلنا إن الملك للبائع أو موقوف وجب عليه المهر وقيمة الولد ولا تصير الجارية في الحال أم ولد. وهل تصير أم ولد إذا ملكها؟ فيه قولان. وإن قلنا إن

. . . .

الملك للمشتري لم يجب عليه المهر لأن الوطء صادف ملكه، ومن أصحابنا من قال: يجب لأنه لم يتم ملكه عليها، وهذا يبطل به إذا أجاز البائع البيع، وعلى قول أبي العباس تصير أم ولد كما تعتق إذا أعتقها عنده، وهل يرجع البائع بقيمتها أو بالثمن؟ فيه وجهان وقد بينا ذلك في العتق وعلى المنصوص أنها لا تصير أم ولده لأن حق البائع سابق فلا يسقط بإحبال المشتري، فإن ملكها المشتري بعد ذلك صارت أم ولد لأنها لم تصر أم ولد له في الحال لحق البائع، فإذا ملكها صارت أم ولد.

فصل: وإن اشترى جارية فولدت في مدة الخيار بنينا على أن الحمل هل له حكم في البيع وفيه قولان: أحدهما له حكم ويقابله قسط من الثمن وهو الصحيح لأن ما أخذ قسطاً من الثمن بعد الانفصال أخذ قسطاً من الثمن قبل الانفصال كاللبن. والثاني لا حكم له ولا قسط له من الثمن لأنه يتبعها في العتق فلم يأخذ قسطاً من الثمن كالأعضاء، فإن قلنا إن له حكماً فهو مع الأم بمنزلة العينين المبيعتين، فإن أمضى العقد كانا للمشتري، وإن فسخ العقد كانا للبائع كالعينين المبيعتين، وإن قلنا لا حكم له نظرت، فإن أمضى العقد وقلنا إن الملك ينتقل بالعقد أو موقوف فهما للمشتري، وإن قلنا إنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار فالولد للبائع، فإن فسخ العقد وقلنا إنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار أو قلنا إنه موقوف فالولد للبائع، وإن قلنا يملك بالعقد فهو للمشتري، وقال أبو إسحاق الولد للبائع لأن على هذا القول لا ينفذ عتق المشتري، وهذا خطأ لأن العتق يفتقر إلى ملك تام والنماء لا يفتقر إلى ملك تام.

فصل: وإن تلف المبيع في يد المشتري في مدة الخيار فلمن له الخيار الفسخ والإمضاء لأن الحاجة التي دعت إلى الخيار باقية بعد تلف المبيع فإن فسخ وجبت القيمة على المشتري لأنه تعذر رد العين فوجب رد القيمة، وإن أمضى العقد فإن قلنا إنه يملك بنفس العقد أو موقوف فقد هلك من ملكه، وإن قلنا يملك بالعقد وانقضاء الخيار وجب على المشتري قيمته والله أعلم.

باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز

الأعيان ضربان: نجس وطاهر، فأما النجس فعلى ضربين: نجس في نفسه ونجس بملاقاة نجاسة، فأما النجس في نفسه فلا يجوز بيعه وذلك مثل الكلب والخنزير والخمر والسرجين وما أشبه ذلك من النجاسات، والأصل فيه ما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تعالى حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»[1] وروى

. . . .

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب التجارات باب ١١.

ابن مسعود وأبو هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب فنص على الكلب والخنزير، والخمر والميتة، وقسنا عليها سائر الأعيان النجسة. فأما اقتناؤها فينظر فيه؛ فإن لم يكن فيها منفعة مباحة كالخمر والخنزير والميتة والعذرة، لم يجز اقتناؤها لما روى أنس قال: سأل رجل النبي ﷺ عن الخمر تصنع خلاً فكرهه وقال: «اهرقها» ولأن اقتناء ما لا منفعة فيه سفه فلم يجز، فإن كان فيه منفعة مباحة كالكلب جاز اقتناؤه للصيد والماشية والزرع لما روى سالم عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان»[1]. وفي حديث أبي هريرة: «إلا كلب صيد أو ما شية أو زرع»، ولأن الحاجة تدعو إلى الكلب في هذه المواضع فجاز اقتناؤه، وهل يجوز اقتناؤه لحفظ الدروب؟ فيه وجهان: أحدهما لا يجوز للخبر. والثاني يجوز لأنه حفظ مال فأشبه الزرع والماشية وهل يجوز لمن لا يصطاد أن يقتنيه ليصطاد به إذا أراد؟ فيه وجهان: أحدهما يجوز للخبر، والثاني لا يجوز لأنه لا حاجة به إليه، وهل يجوز اقتناء الجرو للصيد والزرع والماشية فيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأنه ليس فيه منفعة يحتاج إليها، والثاني يجوز لأنه إذا جاز اقتناه للصيد جاز اقتناؤه لتعليم ذلك. وأما السرجين فإنه يكره اقتناؤه وتربية الزرع به لما فيه من مباشرة النجاسة. وأما النجس بملاقاة النجاسة فهو الأعيان الطاهرة إذا أصابتها نجاسة فينظر فيها؛ فإن كان جامداً كالثوب وغيره جاز بيعه لأن البيع يتناول الثوب وهو طاهر وإنما جاورته النجاسة، وإن كان مائعاً نظرت؛ فإن كان مما لا يطهر كالخل والدبس لم يجز بيعه لأنه نجس لا يمكن تطهيره من النجاسة فلم يجز بيعه كالأعيان النجسة، وإن كان ماء ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز بيعه لأنه نجس لا يطهر بالغسل فلم يجز بيعه كالخمر، والثاني يجوز بيعه لأنه يطهر بالماء فأشبه الثوب، فإن كان دهناً فهل يطهر بالغسل؟ فيه وجهان: أحدهما لا يطهر لأنه لا يمكن عصره من النجاسة فلم يطهر كالخل، والثاني يطهر لأنه يمكن غسله بالماء فهو كالثوب، فإن قلنا لا يطهر لم يجز بيعه كالخل، وإن قلنا يطهر ففي بيعه وجهان كالماء النجس ويجوز استعماله في السراج، والأولى أن لا يفعل لما فيه من مباشرة النجاسة.

فصل: وأما الأعيان الطاهرة فضربان: ضرب لا منفعة فيه وضرب فيه منفعة، فأما

....

(١) رواه البخاري في كتاب الذبائح باب ٦. مسلم في كتاب المساقاة حديث ٥١- ٦٠. الترمذي في كتاب الصيد باب ١٧. النسائي في كتاب الصيد باب ١٢، ١٣. الموطأ في كتاب الاستئذان حديث ١٣. أحمد في مسنده (٢/ ٤، ٨).

ما لا منفعة فيه فهو كالحشرات والسباع التي لا تصلح للاصطياد والطيور التي لا تؤكل ولا تصطاد كالرخمة والحدأة، وما لا يؤكل من الغراب فلا يجوز بيعه لأن ما لا منفعة فيه لا قيمة له فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل، وبذل العوض فيه من السفه. واختلف أصحابنا في بيع دار لا طريق لها أو بيع بيت من دار لا طريق إليه، فمنهم من قال لا يصح لأنه لا يمكن الانتفاع به فلم يصح بيعه، ومنهم من قال يصح لأنه يمكن أن يحصل له طريق فينتفع به فيصح بيعه، وأما ما فيه منفعة فلا يجوز بيع الحر منه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «قال ربكم: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة **ومن كنت خصمه خصمته**، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر جيراً فاستوفى منه، ولم يوفه أجره». ولا يجوز بيع أم الولد لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع أمهات الأولاد، ولأنه استقر لها حق الحرية، وفي بيعها إبطال ذلك، فلم يجز. ويجوز بيع المدبر لما روى جابر رضي الله عنه أن رجلاً دبر غلاماً له ليس له مال غيره فقال رسول الله ﷺ: «من يشتريه مني» فاشتراه نعيم، ويجوز بيع المعتق بصفة لأنه ثبت له العتق بقول السيد وحده فجاز بيعه كالمدبر، وفي المكاتب قولان: قال في القديم يجوز بيعه لأن عتقه غير مستقر فلا يُمنع من البيع، وقال في الجديد لا يجوز لأنه كالخارج من ملكه، ولهذا لا يرجع أرش الجناية عليه إليه فلم يملك بيعه كما لو باعه. ولا يَجوزُ بيعُ الوَقْف لما روى ابنُ عمر رَضِيَ الله عَنهُ قال أصَاب عمر رضي الله عنه أرضاً بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها» قال: فَتَصَدقَ بهَا عَمر صَدقَة لا يُبَاعُ أصلُهَا ولا يوهَبُ ولا يورثُ.

فصل: ويَجوزُ بيعُ ما سوى ذَلكَ منَ الأعيانِ المُنتفَع بها من المأكُولِ والمشروب والملبوس والمشموم، وما ينتفع به من الحيوان بالركوب والأكل والدر والنسل والصيد والصوف **وما يقتنيه الناس** من العبيد والجواري والأراضي والعقار لاتفاق أهل الأمصَارِ في جميعِ الأعصَار على بيعِها من غيرِ إنكَارٍ، ولا فَرقَ فيها بين ما كان في الحرم من الدور

قوله: **(ومن كنت خصمه خصمته)** يقال رجل خصم ورجلان خصم وامرأة خصم ونساء خصم يستوي فيه الواحد والتثنية والجمع والمذكر والمؤنث، لأنه وصف بالمصدر والمصدر لا يثنى ولا يجمع. فأما قوله: ﴿هذان خصمان﴾ [الحج: ١٩] فمعناه فريقان. ومعنى خصمته أي فلجته وغلبته قوله: **(أعطى بي ثم غدر)** أي أعطى عهد الله وميثاقه على متابعة إمامه والطاعة له. والغدر ترك الوفاء وقد غدر به فهو غادر وغدر أيضاً. وأصله من أغدرت الليلة إذا أظلمت.

قوله: **(وما يقتنيه الناس)** يقال اقتنيتُ المال وغيره اتخذته لغير تجارة قال الله تعالى: ﴿أغنى وأقنى﴾ [النجم: ٤٨] قال في التفسير: أعطاه قنية من المال جعلها له أصلاً ثابتاً يقناه

وغيره لما روي أن عمر بن الخطاب رضي اللهَ عنهُ أمرَ نافع بن عبد الحارث أن يشتري داراً بمكةَ للسجن من صفوان بن أمية فاشتراها بأربعة آلاف درهم، ولأنه أرض حية لم يرد عليها صدقة مؤبدة فجاز بيعها كغير الحرم، ويجوز بيع المصاحف وكتب الأدب لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه سئل عن بيع المصاحف فقال: لا بأس يأخذون أجور أيديهم، ولأنه طاهر منتفع به فهو كسائر الأموال. واختلف أصحابنا في بيع بيض دود القز وبيض ما لا يؤكل لحمه من الطيور التي يجوز بيعها كالصقر والبازي؛ فمنهم من قال هو طاهر، ومنهم من قال هو نجس بناء على الوجهين في طهارة مني ما لا يؤكل لحمه ونجاسته. فإن قلنا إن ذلك طاهر جاز بيعه لأنه طاهر منتفع به فهو كبيض الدجاج، وإن قلنا إنه نجس لم يجز بيعه لأنه عين نجسة فلم يجز بيعه كالكلب والخنزير.

باب ما نهى عنه من بيع الغرر وغيره

ولا يَجوزُ بيع المَعدُومِ كالثمرة التي لم تخلق، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر، والغرر ما انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته، ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها في وصف أبي بكر رضي الله عنه: **فرد نشر الإسلام على غره**، أي على طيه والمعدوم قد انطوى عنه أمره، وخفي عليه عاقبته فلم يجز بيعه، وروى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى **عن المعاومة وفي بعضها عن بيع السنين.**

أي يلزمه، قوله: **(الغرر)** الغرور مكاسر الجلد قال أبو النجم:

حتى إذا ما طار من خبيرها   عن جدد صفر وعن غرورها

الواحدة غر بالفتح قال الراجز:

* كأن غرمتنه إذ نجنبه *

ومنه قولهم:

* طويت الثوب على غره *

أي على كسره قوله: **(فرد نشر الإسلام على غره)** قال الجوهري: النشر بالتحريك المنتشر. يقال جاء القوم نشراً أي منتشرين واكتسى البازي ريشاً نشراً طويلاً. ومعنى الحديث أن الإسلام كان في زمن النبي ﷺ كالثوب المطويّ المصون من الأدناس والأقذار فلما مات وارتدت الأعراب صار كالثوب إذا انتشر وتدنس، فرد ما انتشر من الإسلام إلى حالته التي كانت على عهد رسول الله ﷺ يعني أمر الردة وكفاية أبيها إياه. قال ابن عرفة بيع الغرر ما كان له ظاهر يغر وباطنه مجهول ومنه قوله تعالى: ﴿متاع الغرور﴾ [آل عمران: ١٨٥] أي يغر ظاهرها وفي باطنها سوء العاقبة وقال الأزهري: بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة وتدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان ومنه التغرير بالنفس في القتال، إنما هو حملها على غير ثقة. قوله: **(عن المعاومة وفي بعضها عن بيع السنن)** هو أن يبيعه غرة عام

فصل: ولا يجُوزُ بَيعُ ما لا يملكه من غير إذن مالكه، لما روى حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال: «لا تبع ما ليس عندك»[١] ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه فهو كالطير في الهواء أو السمك في الماء.

فصل: ولا يجُوزُ بيعُ ما لم يستقر ملكُهُ علَيهِ كبيعِ الأعيَان المملُوكةِ بالبيع والإجارة والصداق وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض، لما روي أن حكيم بن حزام، قال: يا رسول الله إني أبيع بيوعاً كثيرة فما يحل لي منها مما يحرم قال: «لا تبع ما لم تقبضه»[٢] ولأن ملكه عليه غير مستقر، لأنه بما هلك فانفسخ العقد، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز، وهل يجوز عتقه؟ فيه وجهان: أحدهما أنه لا يجوز لما ذكرناه. والثاني يجوز لأن العتق له سَرايةُ فصح لقوته، فأما ما ملكه بغير معاوضة كالميراث والوصية أوعاد إليه بفسخ عقد فإنه يجوز بيعه وعتقه قبل القبض لأن ملكه عليه مستقر فجاز التصرف فيه كالمبيع بعد القبض، وأما الديون فينطر فيها، فإن كان الملك عليها مستقراً كغرامة المتلف وبدل القرض جاز بيعه ممن عليه قبل القبض لأن ملكه مستقر عليه فجاز بيعهُ كَالمبيع، وهل يجوزُ من غيرهِ فيهِ وجهَانِ: أحدُهمَا لا يجوزُ لأن ما جازَ بَيعُه ممن علَيه جازَ بيعُه من غيرهِ كالوَديعةِ، والثاني لا يجوزُ لأنهُ لا يقدِرُ على تسلِيمِه إليه لأنه ربما منعُه أو جحَدهُ وذلكَ غرر لا حاجة به إليهِ فلم يجز والأولُ أظهر، لأن الظاهر أنه يقدرُ على تسلِيمه إليه من غيرِ منع ولا جحُودٍ. وإن كان الدِينُ غير مستقر نظَرت؛ فإن كان مسلماً فيه لم يجز بيعه لما روي أن ابن عباس رضي الله عنه سُئِل عن رجلٍ أسلف في حلل دقاق فلم يجد تلك الحلل فقال: آخذ منك مقام كل حلة من الدقاق حلتين من الجل، فكرهه ابن عباس وقال خذ برأس المال علفاً أو غنماً ولأن الملك في المسلم فيه غير مستقر، لأنه ربما تعذر فانفسخ البيع فيه فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض، وإن كان ثمناً في بيع ففيهِ قولان: قال في الصرف يجوز بيعه قبل القبض، لما روى ابن عمر قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير فآخذ الدراهم وأبيعُ بالدراهم فآخذ الدنانير فقال رسول الله ﷺ: «لا بأس ما لم تتفرقا وبينكما شيء»، ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك فصار كالمبيع بعد

أو عامين أو سنة أو سنتين أو ثلاث قال القتيبي: يقال للنخلة إذا حملت سنة ولم تحمل سنةً قد عاومت وسانهت. ويقالُ عاملت فلاناً معاومة ومسانهة، ومساناة ومياومة وملايلة، ومحاينة، ومشاتاة، ومصايفة، ومداهرة ومزامنة حكى ذلك كله أبو عبيد عن الكسائي. قوله:

---

(١) رواه أبو داود في كتاب البيوع باب ٦٨. الترمذي في كتاب البيوع باب ١٩. النسائي في كتاب البيوع باب ٦٠. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٢٠.

(٢) رواه النسائي في كتاب البيوع باب ٥٥.

القبض، وروى المزني في جامعه الكبير أنه لا يجوز لأن ملكه غير مستقر عليه، لأنه قد ينفسخ البيع فيه بتلف المبيع أو بالرد بالعيب فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض وفي بيع نجوم المكاتب قبل القبض طريقان: أحدهما أنه على قولين بناء على القولين في بيع رقبته، والثاني أنه لا يصح ذلك قولاً واحداً وهو المنصوص في المختَصر، لأنه لا يملكه ملكاً مستقراً فلم يصح بيعُه كالمسلم فيه، والقبض فيما ينقل النقل لما روى زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يجوزها التجار إلى رحالهم، وفيما لا ينقل كالعقار والثمر قبل أوان الجداد التخلية لأن القبض ورد به الشرع وأطلقه فحمل على العرف، والعرف فيما ينقل النقل وفيما لا ينقل التخلية.

فصل: ولا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء أو السمك في الماء والجمل الشارد **والفرس العائر**، والعبد الآبق والمال المغصوب في يد الغاصب لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر وهذا غرر ولهذا قال ابن مسعود لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر، ولأن القصد بالبيع تمليك التصرف، وذلك لا يمكن فيما لا يقدر على تسليمه فإن باع طيراً في برج مغلق الباب أو السمك في بركة لا تتصل بنهر نظرت، فإن قدر على تناوله إذا أراد من غير تعب جاز بيعه، وإن كان في برج عظيم أو بركة عظيمة لا يقدر على أخذه إلا بتعب لم يجز بيعه لأنه غير مقدور عليه في الحال، وإن باع العبد الآبق منم يقدر عليه، أو المغصوب من الغاصب، أو ممن يقدر على أخذه منه جاز لأنه لا غرر في بيعه منه.

فصل: ولا يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد وثوب من أثواب، لأن ذلك غرر من غير حاجة، ويجوز أن يبيع قفيزاً من صبرة لأنه إذا عرف الصبرة عرف القفيز منها فزال الغرر.

فصل: ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها لحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر، وفي بيع ما لا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير، فإن علم الجنس والنوع بأن قال بعتك الثوب المروي الذي في كمي **أو العبد الزنجي** الذي في داري أو الفرس الأدهم الذي في إصطبلي ففيه قولان: قال في القديم والصرف يصح ويثبت له الخيار إذا رآه لما روى ابن أبي مليكة أن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة

(والفرس العائر) عار يعير إذا ذهب على وجهه. وفي الحديث أصابه سهم عائر أي لا يدري من رماه وفي حديث آخر: «مثل المنافق مثل الشاة العائرة بين غنمين تعير إلى هذه مرة وإلى هذه مرة لا تدري أيها تتبع» قوله: **(العبد الزنجي)** بفتح الزاي يقال زنجي وزنج. ويجوز الكسر والفتحُ أفصحُ.

أرضاً بالمدينة ناقله بأرض له بالكوفة فقال عثمان بعتك ما لم أره فقال طلحة: إنما النظر لي لأني ابتعتُ مغيباً، وأنت قد رأيتَ ما ابتعتُ فتحا كما إلى جبير بن مطعم، فقضي على عثمان أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيباً، ولأنه عقد على عين فجاز مع الجهل بصفته كالنكاح وقال في الجديد لا يصح لحديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر، وفي هذا البيع غرر ولأنه نوعُ بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم؛ فإذا قلنا بقوله القديم فهل تفتقر صحة البيع إلى ذكر الصفاتِ أم لا فيه ثلاثة أوجه: أحدها أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه، والثاني لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة، والثالث أنه لا يفتقر إلى ذكر شيء من الصفات وهو المنصوص في الصرف، لأن الاعتماد على الرؤية، ويثبت له الخيار إذا رآه فلا يحتاج إلى ذكر الصفات، فإن وصفه ثم وجده على خلافِ ما وصفَ ثبت له الخيار، وإن وجدهُ على ما وصفَ أو أعلى ففيه وجهان: أحدهما لا خيار له لأنه وجده على ما وصَف فلم يكن له خيار كالمسلم فيه، والثاني أن له الخيار لأنه يعرف ببيع خيار الرؤية فلا يجوز أن يخلو من الخيار، وهل يكون له الخيار على الفور أم لا؟ فيه وجهان: قال ابن أبي هريرة هو على الفور لأنه خيار تعلق بالرؤية فكان على الفور كخيارِ الرد بالعيبِ، وقال أبو إسحاق يتقَدرُ الخيار بالمجلس لأن العقد إنما يتم بالرؤية فيصير، كأنه عقد عند الرؤية فيثبت له خيار كخيار المجلس، وأما إذا رأى المبيع قبل العقد ثم غاب عنه ثم اشتراه، فإن كان مما لا يتغير كالعقار وغيره جاز بيعه وقال أبو القاسم الأنماطي: لا يجوز في قوله الجديد، لأن الرؤية شرط في العقد فاعتبر وجودها في حال العقد كالشهادة في النكاح، والمذهب الأول لأن الرؤية تراد للعلم بالمبيع وقد حصل العلم بالرؤية المتقدمة، فعلى هذا إذا اشتراه ثم وجده على الصفة الأولى أخذه، وإن وجده ناقصاً فله الرد لأنه ما التزم العقد فيه إلا على تلك الصفة، وإن اختلفا فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير فالقول قول المشتري لأنه يؤخذ منه الثمنُ فلا يجوز من غير رضاه، وإن كان مما يجوز أن يتغير ويجوز أن لا يتغير أو يجوز أن يبني ويجوز أن لا يبقى ففيه وجهان: أحدهما أنه لا يصح لأنه مشكوك في بقائه على صفته، والثاني يَصحُ وهو المذْهبُ لأن الأصل بقاؤه على صفته فصح بيعه قياساً على ما لا يتغير.

فصل: وإن باع الأعمى أو اشترى شيئاً لم يره، فإن قلنا إن بيع ما لم يره البصير لا يصح لم يصح بيع الأعمى وشراؤه، وإن قلنا يَصحُ ففي بيع الأعمى وشرائه وجهان: أحدهما يصح كما يصح من البَصيرِ فيما لم يره ويستنيب في القبض والخيار كما يستنيب

. . . .

في شرط الخيار، والثاني لا يصُحُ لأن بيع ما لم يره يتم بالرؤيةِ وذلك لا يوجَدُ في حق الأعمى، ولا يمكنه أن يوكل في الخيار لأنه خيار ثبت بالشرع، فلا يجوز الاستنابة فيه كخيار المجلس بخلاف خيار الشرط.

فصل: إذا رأى بعض المبيع دون بعض نظرت فإن كان مما لا يختلف أجزاؤه كالصبرة من الطعام **والجرة من الدبس** جاز بيعه، لأن برؤية البعض يزول غرر الجهالة لأن الظاهر أن الباطن كالظاهر، وإن كان مما يختلف نظرت، فإن كان مما يشق رؤية باقيه كالجوز في القشر الأسفل جاز بيعه لأن رؤية الباطن تشق فسقط اعتبارها كرؤية أساس الحيطان، وإن لم تشق رؤية الباقي كالثوب المطوي ففيه طريقان: من أصحابنا من قال فيه قولان كبيع ما لم ير شيئاً منه، ومنهم من قال يبطل البيع قولاً واحداً لأن ما رآه لا خيار فيه، وما لم يره فيه الخيار، وذلك لا يجوز في عين واحدة.

فصل: واختلف أصحابنا في بيع **الباقلا** في قشره فقال أبو سعيد الإصطخري يجوز لأنه يباع في جميع البلدان من غير إنكار، ومنهم من قالَ لا يجوزُ وهو المنصوص في الأم لأن الحب قد يكونُ صغاراً وقد يكون كباراً وقد يكون في بيوته مالا شيء فيه، وقد يكونُ فيه حب متغير وذلك غرر من غير حاجةٍ، فلم يجز واختلفوا أيضاً في بيع **نافجةِ المسك** فقال أبو العباس: يجوز بيعها لأن النافجة فيها صلاح للمسك لأن بقاءه فيها أكثر فجاز بيعه فيها كالجوز في القشر الأسفل، ومن أصحابنا من قال لا يجوز وهو ظاهر النص لأنه مجهول القدر مجهول الصفة، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز. واختلفوا في بيع الطلع في قشره، فقال أبو إسحاق: لا يجوز بيعه لأن المقصود مستور بما لا يدخر فيه فلم يصح بيعه كالتمر في الجراب، وقال أبو علي بن أبي هريرة يجوز لأنه مستور بما يؤكل معه من القشر فجاز بيعه فيه كالقثاء والخيار، واختلف قوله في بيع الحنطة في سنبلها فقال في القديم: يجوز لما روى أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد، وقال في الجديد: لا يجوز لأنه لا يعلم قدر ما فيها من الحب ولا صفة الحب وذلك غرر لا تدعو الحاجة إليه فلم يجز.

قوله: (**الجرة من الدبس**) الدبس ما يذوب من الرطب والزبيب فينعقد، قوله: (**نافجة المسك**) هي جلدة يكون فيها المسك وأصله دم يجتمع في بحرة أي كيس في سرة الظبية، ثم يتقور ويسقط وقد يبس الدم فصار كالفتات وقد تكلم بعض الفقهاء في طهارته وألحقه باللبن يجمع من بين فرث ودم ولأنه دم غير مسفوح فهو كالكبد والطحال، وقد ذكره المتنبي فقال:

فإن تفقِ الأنامُ وأنتَ منهم ... فإن المسكَ بعضُ دمِ الغزالِ

ولا فرق بين غزلاننا هذه وغزلان المسك في الصورة والشكل واللون والقرون، وإنما

فصل: ولا يجوز بيع مجهول القدر، فإن قال بعتك بعض هذه الصبرة لم يصح البيع لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر وفي بيع البعض غرر، لأنه يقع على القليل والكثير، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بقدر المبيع كالسلم، وإن قالَ بعتُكَ هذه الصبرة جاز وإن لم يعرف قفزانها. وإن قال بعتك هذه الدار أو هذا الثوب جاز، وإن لم يعرف ذرعانها لأن غرر الجهالة ينتفي عنهما بالمشاهدة. قال الشافعي: وأكره بيع الصبرة جزافاً لأنه يجهل قدرها على الحقية، وإن قال بعتك ثلثها أو ربعها أو بعتك إلا ثلثها أو ربعها جاز لأن من عرف الشيء عرف ثلثه وربعه وما يبقى بعدهما. وإن قال بعتك هذه الصبرة إلا قفيزاً منها أو هذه الدار أو هذا الثوب إلا ذراعاً منه نظرت؛ فإن علما مبلغ قفزان الصبرة وذرعان الدار والثوب جاز لأن المبيع معلوم، وإن لم يعلما ذلك لم يجز، لما روى جابر أن النبي ﷺ نهى عن الثنيا، ولأن المبيع هو الباقي بعد القفيز والذراع وذلك مجهول، وإن قال بعتك عشرة أقفزة من هذه الصبرة جاز لأنها معلومة القدر والصفة، فإن اختلفا فقال البائع أعطيك من أسفلها، وقال المشتري من أعلاها فالخيار إلى البائع فمن أي موضع أعطاه جاز لأنه أعطاه من الصبرة، وإن قال بعتك عشرة أذرع من هذه الدار، أو عشرة أذرع من هذا الثوب، فإن كانا يعلمان مبلغ ذرعان الدار والثوب وأنها مائة ذراع، صح البيع في عشرها لأن العشرة من الماة عشرها، فلا فرق بين أن يقول بعتُكَ عشرها وبين أن يقول بعتك عشرة من مائة ذراع منها وإن لم يعلما مبلغ ذرعان الدار والثوب لم يصح لأنه إن جعل البيع في عشرة أذرع مشاعة لم يعرف قدر المبيع أنه عشرها أو ثلثها أو سدسها، وإن جعل البيع في عشرة أذرع من موضع بعينه لم يعرف صفة المبيع فإن أجزاء الثوب والدار تختلف، وقد يكون بعضها أجود من بعض. وإن قال بعتك عشرة أذرع ابتداؤها من هذا المكان ولم يبين المنتهى ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأن أجزاء المبيع مختلفة وقد ينتهي إلى موضع يخالف موضع

تفارقها بأنياب لها كأنياب الفيلة لكل ظبي نابان خارجان من الفكين قائمان أبيضان نحو الشبر أو أقل أو أكثر ذكره في كتاب مروج الذهب. وذكر في بعض تصانيف الزمخشري رحمه الله أن فارة المسك دويبة شبيهة بالخشفد تكون بناحية تبت تصاد لسرتها، فإذا صادها الصائد عصب سرتها بعصاب شديد، وهي مدلاة فيجتمع فيها دم فيذبحها، وما أكثر من يأكلها ثم يأخذ السرة فيدفنها في الشعير، حتى يستحيل الدم فيها مسكاً ذكياً بعد أن كان لا يرام نتناً.
قوله: (الثنيا) والثنيا في البيع أن يستثني منفعة المبيع أو شيئاً منه، وأصله من ثناه عن حاجته إذا رده عنها كأنه رد بعض المبيع إليه، وكذلك قوله لا تقربها وفيها مثنوية قال الجوهري: يقال حلف يميناً ليس فيها ثني ولا مثنوية ولا ثنية ولا استثناء كله واحد، وهذا كله من الثني

الابتداء، والثاني أنه يصح لأنه **يشاهد السمت**، وإن بين الابتداء والانتهاء صح في الدار، وأما في الثوب فإنه إن كان مما لا ينقص قيمته بالقطع فهو كالدار، وإن كان مما ينقص لم يصح لأنه شرط إدخال نقص عليه فيما لم يبع من الثوب، ومن أصحابنا من قال يصح لأنه رضي بما يدخل عليه من الضرر. وإن قال بعتك هذا السمن مع الظرف كل من بدرهم نظرت؛ فإن لم يعلما مقدار السمن والظرف لم يجز لأن ذلك غرر لأن الظرف قد يكون خفيفاً وقد يكون ثقيلاً وإن علما وزنهما جاز لأنه لا غرر فيه. واختلف أصحابنا في بيع النحل في الكندوج فقال أبو العباس يجوز بيعه لأنه يعرف مقداره حال دخوله وخروجه، ومن أصحابنا من قال لا يجوز وهو قول أبي حامد الإسفرايني لأنه قد يكون في الكندوج ما لا يخرج، وإن اجتمع فرخه في موضع وشوهد جميعه جاز بيعه، لأنه معلوم مقدور على تسليمه فجاز بيعه.

فصل: ولا يجوز بيع الحمل في البطن لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ **نهى عن المجر، والمجر اشتراء ما في الأرحام** ولأنه قد يكون حملاً وقد يكون ريحاً وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز ولأنه إن كان حملاً فهو مجهول القدر مجهول الصفة وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز، وإن باع حيواناً وشرط أنه حامل ففيه قولان: أحدهما أن البيع باطل لأنه مجهول الوجود مجهول الصفة، والثاني أنه يجوز لأن الظاهر أنه موجود والجهل به لا يؤثر لأنه لا تمكن رؤيته فعفى عن الجهل به كأساس الدار.

فصل: ولا يجوز بيع اللبن في الضرع، لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: «لا تبيعوا الصوف على ظهر الغنم ولا تبيعوا اللبن في الضرع»، ولأنه مجهول القدر لأنه قد يرى امتلاء الضرع من السمن، فيظن أنه من اللبن، ولأنه مجهول الصفة لأنه قد يكون اللبن صافي، وقد يكون كدراً وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز.

فصل: ولا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم، لقول ابن عباس ولأنه قد يموت الحيوان قبل الجز فيتنجس شعره وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز، ولأنه لا يمكن تسليمه إلا باستئصاله من أصله، ولا يمكن ذلك إلا بإيلام الحيوان وهذا لا يجوز.

وهو الرد والكف. قوله: (**يشاهد السمت**) أي الجهة وأصله الطريق والهيئة، قوله: (**نهى عن المجر والمجر اشتراء ما في الأرحام**) وقال: أبو عبيد المجر أن يباع البعير أو غيره مما في بطن الناقة يقال منه المجر في البيع بإسكان الجيم، وأما المجر بالتحريك فهو عظم البطن من الحمل. وقال ابن قتيبة في كتابه الموسوم بإصلاح الغلط، رأيت أهل العلم باللغة يجعلون المجر في الغنم دون الإبل، وحدثت عن الأصمعي أنه قال: هو أن يشتد هزال الشاة ويصفر جسمها، ويثقل ولدها في بطنها، وتربض فلا تقوم. يقال شاة ممجر وأنشد لابن لحاء في وصف راعية:

فصل: ولا يجوز البيع إلا بثمن معلوم الصفة، فإن باع بثمن مطلق في موضع ليس فيه نقد متعارف لم يصح البيع لأنه عوض في البيع، فلم يجز مع الجهل بصفته كالمسلم فيه، فإن باع بثمن معين تعين، لأنه عوض فتعين بالتعيين كالمبيع فإن لم يره المتعاقدان أو أحدهما فعلى ما ذكرناه من القولين في بيع العين التي لم يرها المتبايعان أو أحدهما.

فصل: ولا يجوز البيع إلا بثمن معلوم القدر فإن باع بثمن مجهول **كبيع السلعة برقمها** وبيع السلعة بما باع به فلان سلعته وهما لا يعلمان ذلك، فالبيع باطل لأنه عوض في البيع فلم يجز مع الجهل بقدره كالمسلم فيه، فإن باعه بثمن معين جزافاً فأجاز لأنه معلوم بالمشاهدة، ويكره ذلك ما قلنا في بيع الصبرة جزافاً، وإن قال بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم، أو هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وهما لا يعلمان مبلغ قفزان الصبرة وعدد القطيع صح البيع لأن غرر الجهالة ينتفي بالعلم بالتفصيل كما ينتفي بالعلم بالجملة، فإذا جاز بالعلم بالجملة جاز بالعلم بالتفصيل. وإن كان لرجل عبدان، فباع أحدهما من رجل والآخر من رجل آخر في صفقة واحدة بثمن واحد فإن الشافعي رحمه الله قال فيمن كاتب عبدين بمال واحد أنه على قولين: أحدهما يبطل العقد لأن العقد الواحد مع اثنين عقدان، فإذا لم يعلم قدر العوض في كل واحد منهما بطل، كما لو باع كل واحد منهما في صفقة بثمن مجهول، والثاني يصح ويقسم العوض عليهما على قدر قيمتهما، فمن قال في البيع أيضاً قولان وهو قول أبي العباس، وقال أبو سعيد الأصطخري وأبو إسحاق يبطل البيع قولاً واحداً لأن البيع يفسد بفساد العوض، والصحيح قول أبي العباس لأن الكتابة أيضاً تفسد بفساد العوض، وقد نص فيها على قولين. فإن قال بعتك بألف مثقال ذهباً وفضة فالبيع باطل، لأنه لم يبين القدر من كل واحد منهما فكان باطلاً، وإن قال بعتك بألف نقداً أو بألفين نسيئة فالبيع باطل لأنه لم يعقد على ثمن بعينه، فهو كما لو قال بعتك أحد هذين العبدين.

فصل: وإن باع بثمن مؤجل لم يجز إلى أجل مجهول كالبيع إلى العطاء، لأنه عوض في بيع فلم يجز إلى أجل مجهول كالمسلم فيه.

فصل: ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجيء الشهر وقدوم الحاج لأنه

---

* وتحمل المجر في كسائها *

وقال الهروي: ذهب ابن قتيبة فيه إلى أن المجر بفتح الجيم، فلم يصب والمجر أن تعظم بطن الشاة الحامل. وتهزل يقال شاة ممجر وغنم مما جير، وهذا بفتح الجيم وذاك بإسكانها كذا قال الهروي، قوله: **(كبيع السلعة برقمها)** الرقم الكتاب ورقم الثوب كتابه، ومعناه أن يبيعها بما هو مكتوب فيها من الثمن، ولا يعلم به المشتري حتى ينظره بعد العقد

بيع غرر من غير حاجة فلم يجز، ولا يجوز **بيع المنابذة** وهو أن يقول إذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع، ولا بيع الملامسة، وهو أن يمس الثوب بيده ولا ينشره وإذا مسه فقد وجب البيع، لما روى أبو سعيد الخدري قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين المنابذة والملامسة. والمنابذة أن يقول إذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع، والملامسة أن يمسه بيده ولا ينشره، فإذا مسه فقد وجب البيع، ولأنه إذا علق وجوب البيع على نبذ الثوب، فقد علق البيع على شرط وذلك لا يجوز، وإذا لم ينشر الثوب فقد باع مجهولاً، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز. ولا يجوز بيع الحصى وهو أن يقول بعتك ما وقع عليه الحصى من ثوب أو أرض، لما روي أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصى ولأنه بيع مجهول من غير حاجة فلم يجز. ولا يجوز **حبل الحبلة** لما روي ابن عمر رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع حبل الحبلة، واختلف في تأويله فقال الشافعي رحمه الله: هو بيع السلعة بثمن إلى أن تلد الناقة ويلد حملها. وقال أبو عبيد: هو بيع ما يلد حمل الناقة فإن كان على ما قال الشافعي رحمه الله فهو بيع بثمن إلى أجل مجهول وقد بينا أن ذلك لا يجوز، وإن كان على ما قال أبو عبيد فهو بيع معدوم ومجهول وذلك لا يجوز. ولا يجوز بيعان في بيعة، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة فيحتمل أن يكون المراد به أن يقول بعتك هذا بألف نقداً، أو بألفين نسيئة فلا يجوز للخبر، ولأنه لم يعقد على ثمن معلوم، ويحتمل أن يكون المراد به أن يقول

ومنه قوله تعالى: ﴿كتاب مرقوم﴾ [المطففين: ٩] قوله: **(بيع المنابذة) لها تأويلان أحدهما**: أن يقول أي شيء نبذت إلى فقد اشتريته، أو أي ثوب نبذت إليك فقد بعتكه. والثاني أن يقول بعتك هذا الثوب على أني متى نبذته إليك فقد وجب العقد ولا خيار لك. وأما الملامسة ففيه ثلاث تأويلات: إحداهن أن يبيعه ثوباً على أنه إذا لمسه فقد وجب البيع. والثاني أن يبيعه ثوباً على أنه إذا لمسه وجب البيع. والثالث أن يطرح الثوب على المبتاع فيلمسه، فإذا لمسه فقد عقد الشراء. وذكر أبو عبيد تأويلاً رابعاً وهو أن يلمس المتاع من وراء الثوب ولا ينظر إليه ثم يوقع البيع عليه فيطل البيع لعدم الرؤية المعتبرة في البيع. وبيع الحصاة له ثلاث تأويلات: أحدها أن يقول أي ثوب رميت عليه حصاة فقد بعتكه بمائة. والثاني أن يقول بعتك هذا الثوب بمائة أني متى رميت عليك حصاة فقد انقطع خيار المجلس. والثالث أن يقول بعتك هذه الأرض من ههنا إلى حيث ينتهي إليه حصاة ترميها أو أرميها. وقيل هو أن يجعل وقوع الحصاة من يده ملزماً للبيع من غير عقد، وأي ذلك كله كان لا يصح البيع لأنه لا يخلو من الجهالة فيه بعين المبيع أو بقدرة أو الخلو العقد عن الإيجاب والقبول. قوله: **(بيع حبل الحبلة)** فسر في الكتاب وهو نتاج فالحبل الأول يراد به ما في بطون النوق، الحبل الآخر حبل الذي في بطون النوق أدخلت فيها الهاء للمبالغة كما

بعتك هذا بألف على أن تبيعني دارك بألف، فلا يصح للخبر ولأنه شرط في عقد وذلك لا يصح، فإذا سقط وجب أن يضاف إلى ثمن السلعة بإزاء ما سقط من الشرط، وذلك مجهول فإذا أضيف إلى الثمن صار مجهولاً فبطل.

فصل: ولا يجوز مبايعة من يعلم أن جميع ماله حرام، لما روى أبو مسعود البدري أن النبي ﷺ نهى عن **حلوان الكاهن ومهر البغي**. وعن الزهري في امرأة زنت بمال عظيم قال لا يصلح لمولاها أكله، لأن النبي ﷺ نهى عن مهر البغي فإن كان معه حلال وحرام كره مبايعته والأخذ منه لما روى النعمان بن بشير قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: الحلال بين والحرام بين وبين ذلك أمور مشتبهات وسأضرب لكم في ذلك مثلاً إن الله تعالى حمى حمى وإن حمى الله حرام وأن من يرعى حول الحمى يوشك أن يخالط الحمى. وإن بايعه وأخذ منه جاز لأن الظاهر مما في يده أنه له فلا يحرم الأخذ منه، ويكره بيع العنب ممن يعصر الخمر والتمر ممن يعمل النبيذ وبيع السلاح ممن يعصي الله تعالى به، لأنه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على المعصية فإن باع منه صح البيع، لأنه قد لا يتخذ الخمر، ولا يعصى الله تعالى بالسلاح. ولا يجوز بيع المصحف ولا العبد المسلم من الكافر، لأنه يعرض العبد للصغار، والمصحف للابتذال، فإن باعه منه ففيه قولان: أحدهما أن البيع باطل لأنه عقد منع منه لحرمة الإسلام فلم يصح كتزويج المسلمة من الكافر، والثاني يصح لأنه سبب يملك به العبد الكافر فجاز أن يملك به العبد المسلم كالإرث، فإذا قلنا بهذا أمرناه بإزالة ملكه لأن في تركه في ملكه صغاراً على الإسلام فإن باعه أو أعتقه جاز، وإن كاتبه ففيه قولان: أحدهما يقبل منه لأن بالكتابة يصير كالخارج من ملكه في التصرفات، والثاني لا يقبل لأنه عقدة لا يزيل الملك فلا يقبل منه كالتزويج والإجارة فإن ابتاع الكافر أباه المسلم ففيه طريقان: أحدهما أنه على

يقال سخرة ونكحة قاله ابن الأنباري قوله: **(في التنبيه نهى عن بيع العربان)** قال مالك رحمه الله: هو فيما نرى والله أعلم أن يشتري الرجل العبد أو يكتري الدابة ثم يقول أعطيتك ديناراً على أني إن تركت السلعة فما أعطيتك لك وإلى هذا المعنى أيضاً ذهب القتيبي فقال: هو أن يشتري الرجل سلعة فيدفع درهماً أو ديناراً على أنه إن أخذ السلعة بالبيع كان المدفوع من الثمن، وإن لم يتم البيع ورد السلعة كان المدفوع للبائع. يقال عربان وعربون وأربان وأربون، ويقال عربون بفتح العين والراء قال: وهو الذي تسميه العامة الربون يقال عربنته إذا أعطيته، قوله: **(حلوان الكاهن ومهر البغي)** حلوان الكاهن هي أجرته على كهانته يقال حلوته فأنا أحلوه أصله من الحلاوة شبه بالشيء الحلو، ويقال حلوت فلاناً إذا أطعمته الحلو كما يقال عسلته وتمرته. والبغي هي الزانية والبغاء الزنا بالكسر والمد قال الله تعالى: ﴿ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء﴾ [النور: ٣٣] ﴿وما كانت أمك بغياً﴾ [مريم: ٢٨] أي زانية.

القولين، والثاني أنه يصح قولاً واحداً لأنه يحصل له من الكمال بالحرية أكثر مما يلحقه من الصغار بالرق.

فصل: ولا يجوز بيع الجارية إلا حملها لأنه يتبعها في البيع والعتق، فلا يجوز بيعها دونه كاليد والرجل، ولا يجوز أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع قبل سبع سنين، لما روى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «**لا توله والدة بولدها**» وقال عليه السلام: «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»(١) وإن فرق بينهما بالبيع بطل البيع لأنه تفريق محرم في البيع فأفسد البيع كالتفريق بين الجارية وحملها. وهل يجوز بعد سبع سنين إلى البلوغ؟ فيه قولان: أحدهما لا يجوز لعموم الأخبار، ولأنه غير بالغ فلا يجوز التفريق بينه وبين أمه في البيع، كما لو كان له دون سبع سنين، والثاني يجوز لأنه مستغن عن حضانتها فجاز التفريق بينهما كالبالغ.

باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسده

إذا شرط في البيع شرطاً نظرت فإن كان شرطاً يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما لم يبطل العقد لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله، فإن شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين، لم يبطل العقد لأن الشرع ورد بذلك على ما نبينه في مواضعه إن شاء الله وبه الثقة، ولأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد، فإن شرط عتق العبد المبيع لم يفسد العقد لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة لتعتقها، فأراد أهلها أن يشترطوا ولاءها، فقال رسول الله ﷺ: «اشتريها وأعتقيها، فإنما الولاء لمن أعتق» وإن اشتراه بشرط العتق فامتنع من إعتاقه ففيه وجهان: أحدهما يجبر عليه لأنه عتق مستحق عليه فإذا امتنع أجبر عليه كما لو نذر عتق عبد ثم امتنع من إعتاقه، والثاني لا يجبر بل يثبت الخيار في فسخ البيع لأنه ملكه بالعوض وإنما شرط للبائع حقاً فإذا لم يف ثبت للبائع الخيار كما لو اشترى شيئاً بشرط أن يرهن بالثمن رهناً فامتنع من الرهن، فإن رضي البائع بإسقاط حقه من العتق ففيه وجهان: أحدهما لا يسقط لأنه عتق مستحق فلا يسقط بإسقاط الآدمي كالمنذور، والثاني أنه يسقط لأنه حق شرطه البائع لنفسه فسقط بإسقاطه كالرهن والضمين. وإن تلف العبد قبل العتق ففيه

والصغار الذل والهوان، والابتذال الاستعمال وترك الصيانة والإهانة، قوله: (**لا توله والدة بولدها**) أي لا تجعل والهاً. والوله ذهاب العقل والتحير من شدة الوحدة يقال رجل واله

---

(١) رواه الترمذي في كتاب البيوع باب ٥٢. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٤٦. الدارمي في كتاب السير باب ٣٨. أحمد في مسنده (٥/ ٤١٣).

ثلاثة: أوجه أحدها أنه ليس للبائع إلا الثمن لأنه لم يفقد أكثر من العتق، والثاني يأخذ الثمن وما نقص من الثمن بشرط العتق فيقوم من غير شرط العتق ثم يقوم مع شرط العتق، ويجب ما بينهما من الثمن، والثالث أنه يفسخ العقد لأن البائع لم يرض بهذا الثمن وحده والمشتري لم يلتزم أكثر من هذا الثمن فوجب أن يفسخ العقد.

فصل: فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى البيع بأن باع عبداً بشرط أن لا يبيعه أو لا يعتقه، أو باع داراً بشرط أن يسكنها مدة أو ثوباً بشرط أن يخيطه له أو فلعة **بشرط أن يحذوها** له بطل البيع، لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط، وروي أن عبد الله بن مسعود اشترى جاريةً من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه أنك إن بعتها فهي لي بالثمن فاستفتى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقال: لا تقر بها وفيها شرط لأحد، وروي أن عبد الله اشترى جارية واشترط خدمتها فقال له عمر رضي الله عنه: لا تقبر بها **وفيها مثنوية** ولأنه شرط لم يبن على التغليب ولا هو من مقتضى العقد ولا من مصلحته فأفسد العقد كما لو شرط أن لا يسلم إليه المبيع، فإن قبض المبيع لم يملكه لأنه قبض في عقد فاسد فلا يوجب الملك كالوطء في النكاح الفاسد، فإن كان باقياً وجب رده، وإن هلك ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف، ومن أصحابنا من قال: يضمن قيمته يوم التلف لأنه مأذون في إمساك، فضمن قيمته يوم التلف كالعارية وليس بشيء لأنه قبض مضمون في عين يجب ردها، فإذا هلكت ضمنها بأكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف كقبض الغاصب، ويخالف العارية فإن العارية مأذون في إتلاف منافعها، ولأن في العارية لو رد العين ناقصة بالاستعمال لم يضمن ولو رد المبيع ناقصاً ضمن النقصان. وإن حدثت في عينها زيادة بأن سمنت ثم هزلت ضمن ما نقص لأن ما ضمن عينه ضمن نقصانه كالمغصوب، ومن أصحابنا من قال: لا يضمن لأن البائع دخل في العقد ليأخذ بدل العين دون الزيادة والمنصوص هو الأول، وما قاله هذا القائل يبطل بالمنافع فإنه لم يدخل في العقد ليأخذ بدلها ثم تستحق، فإن كان لمثله أجرة لزمه الأجرة للمدة التي أقام في يده لأنه مضمون عليه غير مأذون في الانتفاع به فضمن أجرته كالمغصوب، فإن كانت جارية فوطئها لم يلزمه الحد لأنه وطء بشبهة لأنه اعتقد أنها ملكه، ويجب عليه المهر لأنه وطء بشبهة، فوجب به المهر كالوطء في النكاح الفاسد، وإن كانت بكراً وجب عليه أرش البكارة، لأن البكارة جزء من أجزائها، وأجزاؤها مضمونة عليه فكذلك البكارة. وإن أتت منه بولد فهو حر، لأنه اعتقد

وامرأة واله ووالهة وقد وله يوله ولهاً وولهاناً، قوله: **(فلعة بشرط أن يحذوها)** هي قطعة من الجلد والفلع الشق فلعت الشيء فلعاً شققته ومعنى يحذوها يجعلها حذاء قوله: **(وفيها**

أنها جاريته ويلزمه قيمة الولد، لأنه أتلف عليه رقه باعتقاده، ويقوم بعد الانفصال، لأنه لا يمكن تقويمه قبل الانفصال، ولأنه يضمن قيمة الولد للحيلولة، وذلك لا يحصل إلا بعد الانفصال، فإن ألقت الولد ميتاً لم يضمنه لأنه لا قيمة له قبل الانفصال، ولا توجد الحيلولة إلا بعد الانفصال، فإن ماتت الجارية من الولادة لزمه قيمتها، لأنها هلكت بسبب من جهته ولا تصير الجارية أم ولد في الحال لأنها عقلت منه في غير ملكه، وهل تصير أم ولد إذا ملكها فيه قولان.

باب تفريق الصفقة

إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه كالحر والعبد وعبده وعبد غيره ففيه قولان: أحدهما تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز، لأنه ليس إبطاله فيهما لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما فبطل حمل أحدهما على الآخر، وبقيا على حكمهما فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز والقول الثاني أن الصفقة لا تفرق فيبطل للعقد فيهما، واختلف أصحابنا في علته فمنهم من قال يبطل لأن العقد جمع حلالاً وحراماً فغلب التحريم كما لو جمع بين أختين في النكاح أو باع درهماً بدرهمين، ومنهم من قال يبطل لجهالة الثمن، وذلك أنه إذا باع حراً وعبداً بألف سقط ما يخص الحر من الثمن، فيصير العبد مبيعاً بما بقي وذلك مجهول في حال العقد فبطل، كما لو قال بعتك هذا العبد بحصته من ألف درهم، فإن قلنا بالتعليل الأول بطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على القيمة كالعبدين وفيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء كالعبد الواحد نصفه له ونصفه لغيره، أو كرين من طعام أحدهما له والآخر لغيره، وكذلك لو جمع بين ما يجوز وبين ما لا يجوز في الرهن أو الهبة أو النكاح بطل في الجميع، لأنه جمع بين الحلال والحرام، وإن قلنا إن العلة جهالة العوض لم يبطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء، لأن العوض غير مجهول، ولا يبطل الرهن والهبة، لأنه لا عوض فيه ولا يبطل النكاح، لأن الجهل بالعوض لا يبطله، فإن قلنا إن العقد يبطل فيهما رد المبيع واسترجع الثمن، وإن قلنا إنه يصح في أحدهما فله الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه لأنه يلحقه ضرر بتفريق الصفقة فثبت له الخيار، فإن اختار الإمساك فبكم يمسك فيه قولان: أحدهما يمسك بجميع الثمن، أو يرد لأن مالاً يقابل العقد، لا ثمن له فيصير الثمن كله في مقابلة الآخر. والثاني أنه يمسكه بقسطه لأنه لم يبذل جميع العوض إلا في مقابلتهما فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة أحدهما، واختلف

مثنوية) هي الاستثناء كأنها منسوبة إلى مفعلة من الاستثناء والرجوع قوله: **(تفريق الصفقة)** سميت الصفقة صفقة لأن المتبايعين يضرب كل واحد منهما يده في يد صاحبه. يقال صفقت

أصحابنا في موضع القولين؛ فمنهم من قال القولان فيما يتقسط العوض عليه بالقيمة، فأما ما يتقسط العوض عليه بالأجزاء فإنه يمسك الباقي بقسطه من الثمن قولاً واحداً، لأن فيما يتقسط الثمن عليه بالقيمة ما يخص الجائز مجهول، فدعت الضرورة إلى أن يجعل جميع الثن في مقابلته ليصير معلوماً، وفيما يتقسط الثمن عليه بالأجزاء ما يخص الجائز معلوم فلا حاجة بنا إلى أن نجعل جميع الثمن في مقابلته، ومنهم من قال: القولان في الجميع وهو الصحيح لأنه نص على القولين في بيع الثمرة قبل أن تخرج الزكاة، والثمار مما يتقسط الثمن عليها بالأجزاء. فإن قلنا يمسك بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار لأنه لا ضرر عليه، وإن قلنا يمسك بحصته فهل للبائع الخيار؟ فيه وجهان: أحدهما أن له الخيار لأنه تبعضت عليه الصفقة فيثبت له الخيار كما يثبت للمشتري، والثاني لا خيار له لأنه دخل على بصيرة لأن الحر لا يؤخذ منه بثمن. وإن باع مجهولاً ومعلوماً فإن قلنا لا تفرق الصفقة بطل العقد فيهما، وإن قلنا تفرق وقلنا إنه يمسك الجائز بحصته بطل البيع فيه لأن الذي يخصه مجهول وإن قلنا يمسكه بجميع الثمن صح العقد فيه، وإن جمع بين حلالين ثم تلف أحدهما قبل القبض بطل البيع فيه، وهل يبطل في الباقي فيه طريقان: أحدهما أنه على القولين في تفريق الصفقة لأن ما يحدث من الهلاك قبل القبض كالموجود في حال العقد في إبطال العقد فوجب أن يكون كالموجود في حال العقد فيما ذكرناه، والثاني لا يبطل إلا فيما تلف، لأن في الجمع بين الحلال والحرام إنما بطل للجهل بالعوض أو للجمع بين الحلال والحرام في العقد ولا يوجد ههنا واحد منهما فعلى هذا يصح العقد في الباقي وللمشتري الخيار في فسخ العقد لأنه تفرقت عليه الصفقة، فإن أمضاه أخذ الباقي بقسطه من الثمن قولاً ولاحداً، لأن العوض ههنا قابل المبيعين فانقسم عليهما فلا يتغير بالهلاك.

فصل: وإن جمع بين بيع وإجارة، أو بين **بيع وصرف** أو بين عبدين بشرط الخيار في أحدهما دون الآخر بعوض واحد ففيه قولان: أحدهما أنه يبطل العقدان لأن أحكام العقدين متضادة، وليس أحدهما بأولى من الآخر فبطل الجميع. والثاني: أنه يصح العقدان وينقسم العوض عليهما على قدر قيمتهما، لأنه ليس فيه أكثر من اختلاف حكم

له البيع والبيعة صفقاً أي ضربت يدي على يده، وكان ذلك من بيوع الجاهلية يجعلونه عقداً، والشرط في البيع هو العلامة، ومنه قوله تعالى: ﴿فقد جاء أشراطها﴾ [محمد: ١٨] أي علاماتها كأنه جعل ذلك علامة يعرف بها، قوله: (**أو كرين**) الكرين هو ستون قفيزاً والقفيز اثنا عشر صاعاً. قوله: (**بين بيع وصرف**) سمي الصرف صرفاً لصرفه عن حكم أكثر أحكام البيع، وقيل لصرف المسامحة عنه في الزيادة في الجنس والتأخير، وقيل لأن الشرع أوجب على كل واحد منهما مصارفة صاحبه، ولا يزيد في الجنس الواحد شيئاً ولا يؤخره.

العقدين، وهذا لا يمنع صحة العقد كما لو جمع في البيع بين ما فيه شفعة وبين ما لا شفعة فيه، وإن جمع بين البيع والنكاح بعوض واحد، فالنكاح لا يبطل لأنه لا يبطل بفساد العوض، وفي البيع قولان ووجههما ما ذكرناه، وإن جمع بين البيع والكتابة، فإن قلنا في البيع والإجارة أنهما يبطلان بطل البيع والكتابة، وإن قلنا إن البيع والإجارة يصحان بطل البيع ههنا، لأنه لا يجوز أن يبيع السيد من عبده، وهل تبطل الكتابة؟ يبني على تفريق الصفقة، فإن قلنا لا تفرق بطل، وإن قلنا تفرق بطل البيع وصحت الكتابة.

باب الربا

الربا محرم والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقوله تعالى: ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس﴾ [البقرة: ٢٧٥] روي في التفسير حين يقوم من القبر وروى ابن مسعود رضي الله عنه قال: «لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه».

فصل: والأعيان التي نص على تحريم الربا فيها الذهب والفضة، والبر والشعير، والتمر والملح، والدليل عليه ما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والتمر بالتمر، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والملح بالملح، إلا سواء بسواء عيناً فمن زاد أو استزاد فقد أربى. فأما الذهب والفضة فإنه يحرم فيهما الربا لعلة واحدة، وهو أنهما من جنس الأثمان فيحرم الربا فيهما ولا يحرم فيما سواهما من الموزونات، والدليل عليه أنه لا يجوز أن يكون تحريم الربا لمعنى يتعداهما إلى غيرهما من الأموال، لأنه لو كان لمعنى يتعداهما إلى غيرهما لم يجز إسلامهما فيما سواهما من الأموال لأن كل شيئين جمعتها علة واحدة في الربا لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر كالذهب والفضة والحنطة والشعير، فلما جاز إسلام الذهب والفضة في الموزونات والمكيلات وغيرهما من الأموال دل على أن العلة فيهما لمعنى لا يتعداهما وهو أنه من جنس الأثمان فأما الأعيان الأربعة ففيها قولان: قال في الجديد العلة فيها أنها مطعومة، والدليل عليه ما روى معمر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال: الطعام بالطعام مثلاً بمثل. والطعام اسم لكل ما يتطعم والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتو الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم﴾ [المائدة: ٤٥] أراد به الذبائح وقالت

ومن باب الربا

أصل الربا الزيادة وربا الشيء يربو ازداد قال الله تعالى: ﴿فلا يربو عند الله﴾ [الروم: ٣٩] أي لا يزيد وقوله تعالى: ﴿يتخبطه الشيطان من المس﴾ [البقرة: ٢٧٥] أي يقوم كما يقوم المجنون إذا صرع فيسقط. والخبط بالضم كالجنون وليس به والمس الجنون، يقال به مس

عائشة رضي الله عنها: مكثنا مع نبينا ﷺ سنة ما لنا طعام إلا **الأسودان الماء والتمر**. وقال لبيد:

لـمـعـفـرٍ قـهـد ينـازعُ شـلـوهُ   غبشُ كواسبُ ما يمنُ طعامَها

وأراد به الفريسة والحكم إذا علق على اسم مشتق كان ذلك علة فيه كالقطع في السرقة والحد في الزنا، ولأن الحب ما دام مطعوماً يحرم فيه الربا، فإذا زرع وخرج عن أن يكون مطعوماً لم يحرم فيه الربا، فإذا انعقد الحب وصار مطعوماً حرم فيه الربا فدل على أن العلة فيه كونه مطعوماً، فعلى هذا يحرم الربا في كل ما يطعم من الأقوات والإدام والحلاوات والفواكه والأدوية. وفي الماء وجهان: أحدهما يحرم فيه الربا لأنه مطعوم فهو كغيره، والثاني لا يحرم فيه الربا لأنه مباح في الأصل **غير متمول** في العادة فلا يحرم فيه الربا، وفي الادهان المطيبة وجهان: أحدهما لا ربا فيها لأنها تعد للانتفاع برائحتها دون الأكل، والثاني أنه يحرم فيها الربا وهو الصحيح لأنه مأكول، وإنما لا يؤكل لأنه ينتفع به فيما هو أكثر من الأكل. وفي **البزر ودهن السمك** وجهان: أحدهما لا ربا فيه لأنه يعد

وقد مس فهو ممسوس قوله: (**الأسودان الماء والتمر**) والأسود التمر دون الماء فنعتا بنعت واحد، يفعل ذلك في الشيئين يصطحبانه فيسميان معاً باسم الأشهر منهما.

تفسير البيت:

لـمـعـفـر قـهـد ينـازعُ شـلـوه   غبس كواسب ما يمن طعامها

المعفر مأخوذ من قولهم لقيت فلاناً عن عفر بالضم أي بعد شهر ونحوه، لأن الوحشية إذا أرادت فطام ولدها تمنعه ثم ترضعه بين اليوم واليومين تبلو بذلك صبره وقال الجوهري: وهذا المعنى أراد لبيد. وقيل أراد العفر وهو التراب. وعفره تعفير أي مرغه بالتشديد وعفره عفراً بالتخفيف، والقهد مثل القهب وهو الأبيض الأكدر، ينازع يجاذب وأصله من تجاذبة النازعين الدلو فاستعمل في كل شيء يتجاذب شلوه. الشلو العضو من أعضاء اللحم وأشلاء الإنسان أعضاؤه. غبس ذئاب ألوانها غبس أقام الصفة مقام الموصوف. والغبس بالتحريك لون كلون الرماد وهو بياض فيه كدرة يقال ذئب أغبس والجمع غبس كواسب جمع كاسب والكسب طلب الرزق وأصله الجمع يقال كسبت واكتسبت. والكواسب أيضاً الجوارح. ما يمن طعامها أي لا يقطع من قوله تعالى: ﴿أجر غير ممنون﴾ [فصلت: ٨] أي غير مقطوع. وقيل معناه أنه إذا أخذ حاجته من فريسته، طرح باقيها إلى سواه من السباع ولم يمن عليها ولم يدخره ولم يمنعه وقيل ما يمن طعامها أي ليس لأحد عليها منة بل تكتسب طعامها بالقهر والغلبة، ولا تطعم كما يطعم الكلب والسنور قوله: (**غير متمول**) يقال تمول الرجل ومال يمول مولا إذا صار ذا مال ومولـه غيره، ومعناه لا يتخذ مالاً ولا يعد مالاً. ويسمى المال مالاً لأنه يميل من هذا إلى ذاك ومن ذاك إلى هذا قوله: (**البزر ودهن السمك**) هو بزر الكتان

للاستصباح، والثاني أنه يحرم الربا فيه لأنه مأكول فأشبه الشيرج، وقال في القديم العلة فيها أنها مطعومة مكيلة أو مطعومة موزونة، والدليل عليه أن النبي ﷺ قال: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل» والمماثلة لا تكون إلا بالكيل أو الوزن فدل على أنه لا يحرم إلا في مطعوم يكال أو يوزن فعلى هذا لا يحرم الربا فيما لا يكال ولا يوزن من الأطعمة كالرمان والسفرجل والقثاء والبطيخ وما أشبهها.

فصل: وما سوى الذهب والفضة والمأكول والمشروب لا يحرم فيها الربا فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً ونسيئة ويجوز فيها التفرق قبل التقابض، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال: أمرني رسول الله ﷺ أن أجهز جيشاً فنقدت الإبل فأمرني أن آخذ على **قلاص الصدقة**، فكنت آخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة. وعن علي كرم الله وجهه أنه باع جملاً إلى أجل بعشرين بعيراً وباع ابن عباس رضي الله عنه بعيراً بأربعة أبعرة، واشترى ابن عمر رضي الله عنه راحلة بأربعة رواحل ورواحله بالربذة، واشترى رافع بن خديج رضي الله عنه بعيراً ببعيرين فأعطاه أحدهما وقال آتيك بالآخر غداً. ولا يجوز بيع نسيئة بنسيئة لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع **الكالىء بالكالىء**. قال أبو عبيدة: هو النسيئة بالنسيئة.

فصل: فأما ما يحرم فيه الربا فينظر فيه؛ فإن باعه بجنسه حرم فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض، لما روى عبادة ابن الصامت أن النبي ﷺ قال: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»[1]. فإن باعه بغير جنسه نظرت؛ فإن كان مما يحرم الربا فيهما لعلة واحدة كالذهب والفضة والشعير والحنطة جاز فيه التفاضل وحرم فيه النساء والتفرق قبل التقابض لقوله ﷺ: «فإذا اختلفت هذه الأصناف

وغيره وهو حبه يقال دهن البزر والبزر بالضم والكسر أفصح. والشيرج دهن السمسم، أي الجلجلان وهو السليط ولا يسمى غيره سليطاً. وزيت الفجل هو الذي يطلق عليه في اليمن اسم البقل قوله: (**قلاص الصدقة**) وهو جمع قلوص وهي من الإبل الفتية الشابة بمنزلة الجارية من النساء ويجمع على قلص وقلائص. وقلاص جمع الجمع، والربذة بالتحريك مسكن أبي ذر رضي الله عنه على أميال من المدينة. والبعير من الإبل بمنزلة الإنسان يقع على الذكر والأنثى قوله: (**الكالىء بالكالىء**) هو النسيئة بالنسيئة وهي أن يشتري الرجل شيئاً بثمن مؤجل فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضي به فيقول بيعه مني إلى أجل بزيادة شيء فيبيعه منه

---

(١) رواه مسلم في كتاب المساقاة حديث ٨١. أبو داود في كتاب البيوع باب ١٢.

فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد». فإن تبايعا وتخايرا في المجلس قبل التقابض بطل البيع لأن التخاير كالتفرق، ولو تفرقا قبل التقابض بطل العقد فكذلك إذا تخايرا، وإن تبايعا دراهم بدنانير في الذمة وتقابضا ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً نظرت،فإن لم يتفرقا جاز أن يرد ويطالب بالبلد لأن المعقود عليه ما في الذمة وقد قبض قبل التفرق، وإن تفرقا ففيه قولان: أحدهما يجوز إبداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلم فيه، والثاني لا يجوز وهو قول المزني لأنه إذا أبدله صار القبض بعد التفرق وذلك لا يجوز، وإن كان مما يحرم فيهما الربا بعلتين كبيع الحنطة بالذهب والشعير بالفضة حل فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض لإجماع الأمة على جواز إسلام الذهب والفضة في المكيلات المطعومة.

فصل: وكل شيئين اتفقا في الاسم الخاص من أصل الخلقة **كالتمر البرني والتمر المعقلي** فهما جنس واحد، وكل شيئين اختلفا في الاسم من أصل الخلقة كالحنطة والشعير والتمر والزبيب فهما جنسان والدليل عليه أن النبي ﷺ ذكر ستة أشياء وحرم فيها التفاضل، إذا باع كل شيء منها بما وافقه في الاسم، وأباح فيه التفاضل إذا باعه بما خالفه في الاسم فدل على أن كل شيئين اتفقا في الاسم فهما جنس وإذا اختلفا في الاسم فهما جنسان، وما اتخذ من أموال الربا كالدقيق والخبز والعصير والدهن تعتبر بأصولها، فإن كانت الأصول أجناساً فهي أجناس، وإن كانت الأصول جنساً واحداً فهي جنس واحد فعلى هذا دقيق الحنطة ودقيق الشعير جنسان، وخبز الحنطة وخبز الشعير جنسان، ودهن الجوز ودهن اللوز جنسان، واختلف قوله في زيت الزيتون وزيت الفجل فقال في أحد القولين: هما جنس واحد لأنه جمعهما اسم الزيت، والثاني أنهما جنسان وهو الصحيح،

غير مقبوض، كذا ذكره الهروي. ويحتمل أن يشتري منه شيئاً موصوفاً في الذمة يسلمه إلى أجل بثمن مؤجل يقال كلأ الدين كلوءاً فهو كالىء إذا تأخر، ومنه بلغ الله بك أكلأ العمر أي أطوله. وأنشد ابن الأعرابي:

تعففت عنها في السنين التي خلت فكيف التساقي بعدما كلأ العمر

والنساء والنسيئة بالمد هو التأخير ومثله النسأة بالضم. ومنه الحديث أنسأ الله في أجله أي أخره. وقوله تعالى: ﴿إنما النسيء زيادة في الكفر﴾ [التوبة: ٣٧] قوله: (يداً بيد) له تأويلان أحدهما أن يعطيه البائع المبيع بيد، ويتناول الثمن باليد الأخرى والثاني أن يقبضه في المجلس قبل التفرق قوله: (**كالتمر البرني والتمر المعقلي**) البرني منسوب إلى موضع بالبحرين يسمى برن وقيل إنه فارسي، والمعقلي منسوب إلى معقل بن يسار من الصحابة رضي الله عنهم. ونهر معقل بالبصرة معروف. والتمر الهندي معروف تسميه عامة اليمن

لأنهما يختلفان في الطعم واللون فكانا جنسين كالتمر الهندي والتمر البرني ولأنهما فرعان لجنسين مختلفين فكانا جنسين كدهن الجوز ودهن اللوز. واختلف قوله في اللحمان فقال في أحد القولين هي أجناس وهو قول المزني هو والصحيح لأنها فروع لأصول هي أجناس فكانت أجناساً كالأدقة والأدهان، والثاني أنها جنس واحد لأنها تشترك في الاسم الخاص في أول دخولها في تحريم الربا فكانت جنساً واحداً كالتمور، وتخالف الأدقة والأدهان لأن أصولها أجناس يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً فاعتبر فروعها بها واللحمان لا يحرم الربا في أصولها فاعتبرت بنفسها. فإن قلنا إن اللحم جنس واحد لم يجز بيع لحم شيء من الحيوان بلحم غيره متفاضلاً وهل يدخل لحم السمك في ذلك فيه وجهان: قال أبو إسحاق يدخل فيها فلا يجوز بيعه بلحم شيء من الحيوان متفاضلاً لأن اسم اللحم يقع عليه، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿لتأكلوا منه لحماً طرياً﴾ [النحل: ١٤] ومن أصحابنا من قال لا يدخل فيه لحم السمك وهو المذهب لأنه لا يدخل في إطلاق اسم اللحم، ولهذا لو حلف لا يأكل اللحم لم يحنث بأكل لحم السمك، فإن قلنا إن اللحوم أجناس جاز بيع لحم كل جنس من الحيوان بلحم جنس آخر متفاضلاً، فيجوز بيع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلاً، ولحم بقر الوحش بلحم بقر الأهل، لأنهما جنسان ولا يجوز بيع لحم الضأن بلحم المعز، ولا لحم البقر بلحم الجواميس، متفاضلاً لأنهما نوعان من جنس واحد.

فصل: واللحم الأحمر واللحم الأبيض جنس واحد لأن الجميع لحم واللحم والشحم جنسان واللحم والألية جنسان والشحم والألية جنسان، واللحم والكبد جنسان، والكبد والطحال جنسان واللحم والكلية جنسان، لأنه مختلفة الاسم والخلقة، فأما الألبان ففيها طريقان: من أصحابنا من قال هي كاللحمان وفيها قولان، ومنهم من قال الألبان أجناس قولاً واحداً لأنها تتولد من الحيوان والحيوان أجناس، فكذلك الألبان واللحمان لا تتولد من الحيوان والصحيح أنها كاللحمان.

فصل: وما حرم فيه التفاضل لا يجوز بيع بعضه ببعض حتى يتساويا في الكيل فيما يكال، والوزن فيما يوزن، لما روى عبادة بن الصامت، أن النبي ﷺ قال: «الذهب بالذهب **تبره وعينه** وزناً بوزن، والفضة بالفضة تبرها وعينها وزناً بوزن، والملح بالملح، والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير كيلاً بكيل فمن زاد أو أزاد فقد أربى»[1]. فإن باع

الجمر قوله: **(تبره وعينه)** قال الهروي: يقال للقطعة منها تبرة ما لم تطبع فإذا طبع سمي عيناً

---

(١) رواه مسلم في كتاب المساقاة حديث ٨٠، ٨٢. أبو داود في كتاب البيوع باب ١٢. الترمذي في كتاب البيوع باب ٢٣. النسائي في كتاب البيوع باب ٤٢، ٤٣. أحمد في مسنده (٢/ ٢٣٢) (٣/ ٥٠).

صبرة طعام بصبرة طعام وهما لا يعلمان كيلهما لم يصح البيع لما روى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ: «لا تباع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام»[١]. وإن باع صبرة طعام بصبرة طعام صاعاً بصاع فخرجتا متساويتين صح البيع، وإن خرجتا متفاضلتين ففيه قولان: أحدهما أنه باطل لأنه بيع طعام بطعام متفاضلاً، والثاني أنه يصح فيما تساويا فيه لأنه شرط التساوي في الكيل ومن نقصت صبرته فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع، وبين أن يمضيه بمقدار صبرته، لأنه دخل على أن يسلم له جميع الصبرة، ولم يسلم له فثبت له الخيار، وإن باع صبرة طعام بصبرة شعير كيلاً بكيل فخرجتا متساويتين جاز، وإن خرجتا متفاضلتين، فإن رضي صاحب الصبرة الزائد بتسليم الزيادة أقر العقد ووجب على الآخر قبوله لأنه ملك الجميع بالعقد إن رضي صاحب الصبرة الناقصة بقدر صبرته من الصبرة الزائدة أقر العقد، وإن تشاحا فسخ البيع لأن كل واحد منهما باع صبرته بجميع صبرة صاحبه على التساوي في المقدار وقد تعذر ذلك ففسخ العقد.

فصل: ويعتبر التساوي فيما يكال ويوزن بكيل الحجاز ووزنه، لما روي أن النبي ﷺ قال: المكيال مكيال أهل المدينة، والميزان ميزان أهل مكة. وإن كان مما لا أصل له بالحجاز في الكيل والوزن نظرت؛ فإن كان مما لا يمكن كيله اعتبر التساوي فيه بالوزن لأنه لا يمكن غيره، وإن كان مما يمكن كيله ففيه وجهان: أحدهما أنه يعتبر بأشبه الأشياء به في الحجاز فإن كان مكيلاً لم يجز بيعه إلا كيلاً، وإن كان موزوناً لم يجز بيعه إلا موزوناً لأن الأصل فيه الكيل والوزن بالحجاز فإذا لم يكن له في الحجاز أصل في الكيل والوزن اعتبر بأشبه الأشياء به، والثاني أنه يعتبر بالبلد الذي فيه البيع، لأنه أقرب إليه. وإن كان مما لا يكال ولا يوزن وقلنا بقوله الجديد إنه يحرم فيه الربا وجوزنا بيع بعضه ببعض نظرت، فإن كان مما لا يمكن كيله كالبقل والقثاء والبطيخ وما أشبهها بيع وزناً وإن كان مما يمكن كيله ففيه وجهان: أحدهما لا يباع إلا كيلاً لأن الأصل هو الأعيان الأربعة المنصوص عليها وهي مكيلة فوجب رده إلى الأصل، والثاني أنه لا يباع إلا وزناً لأن الوزن أحصر.

من عين الشيء وهو خالصه. وقال الجوهري التبر: ما كان من الذهب غير مضروب فإذا ضرب فهو عين ولا يقال تبر إلا للذهب وبعضهم يقوله للفضة أيضاً. قال الأزهري: التبر كسارة الذهب والفضة مما يخرج من المعادن كلها. مأخوذ من تبرت الشيء إذا كسرته أو من التبار وهو الهلاك وهو قريب من الأول. والذهب مؤنثة يقال ذهب حمراء وروى الفراء

---

(١) رواه النسائي في كتاب البيوع باب ٣٨.

فصل: وما حرم فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض، ومع أحد العوضين جنس آخر يخالفه في القيمة كبيع ثوب ودرهم بدرهمين، ومد عجوة ودرهم بدرهمين ولا يباع نوعان من جنس بنوع كدينار قاساني ودينار سابوري بقاسانين أو سابوريين أو دينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين أو دينارين قراضة والدليل عليه ما روى فضالة بن عبيد قال: أتى رجل إلى رسول الله ﷺ بقلادة فيها خرز مغلقة بذهب فابتاعها رجل بسبعة دنانير أو تسعة دنانير، فقال عليه الصلاة والسلام: لا حتى تميز بينه وبينه. قال: إنما أردت الحجارة فقال: لا حتى تميز بينهما ولأن الصفقة إذا جمعت شيئين مختلفي القيمة انقسم الثمن عليهما. والدليل عليه أنه إذا باع سيفاً وشقصاً بألف قوم السيف والشقص وقسم الألف عليهما على قدر قيمتهما وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن على قدر قيمته وأمسك المشتري السيف بحصته من الثمن على قدر قيمته، وإذا قسم الثمن على قدر القيمة أدى إلى الربا لأنه إذا باع ديناراً صحيحاً قيمته عشرون درهماً وديناراً، قراضة قيمته عشرة بدينارين، وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما صارت القراضة مبيعة بثلث الدينارين والصحيح بالثلثين وذلك ربا.

فصل: ولا يباع خالصه بمشوبه كحنطة خالصة بحنطة فيها شعير أوزؤان، وفضة خالصة بفضة مغشوشة، وعسل مصفى بعسل فيه شمع لأن أحدهما يفضل على الآخر، ولا يباع مشوبه بمشوبه كحنطة فيها شعير أو زؤان بحنطة فيها شعير أو زؤان، وفضة مغشوشة بفضة مغشوشة أو عسل فيه شمع بعسل فيه شمع لأنه لا يعلم التماثل بين الحنطتين وبين الفضتين وبين العسلين، ويجوز أن يباع طعام بطعام وفيه قليل تراب لأن التراب يحصل في سفوف الطعام ولا يظهر في الكيل فإن باع موزوناً بموزون من جنسه من أموال الربا وفيه قليل تراب لم يجز لأن ذلك يظهر في الوزن ويمنع من التماثل.

تذكيرها، ذكر ذلك الزمخشري قوله: **(مد عجوة)** العجوة ضرب من أجود التمر بالمدينة ونخلتها تسمى لينة قوله: **(خرز مغلقة)** يروى بالعين المهملة والقاف وبالغين المعجمة والفاء والأول معناه لها عرى من ذهب تعلق بها، والثاني معناه مغشاة أي مغطاة والغلاف الغطاء والقراضة فعالة من القرض وهو القطع لأنها تقرض أي تقطع كالنخالة والبراية قوله: **(خالصه بمشوبه)** المشوب المخلوط والشوب الخلط شاب اللبن بالماء إذا خلط قوله: **(فيها شعير أو زؤان)** بضم الزاي والهمز نبات يخالط البر في نباته له حب دقاق فيها طول ولعل الذي يسمى باليمن الخندرة والذرب وقال الشيخ أبو حامد هو حب أصفر حاد الطرفين وقال ابن الصباغ: هو حب دقيق الطرفين غليظ الوسط أسود ويقال: زُوان وزوان بالضم والكسر من غير همز قوله: **(فيه شمع)** قال الفراء الشمع بالتحريك هذا كلام العرب والمولدون يقولون شمع

فصل: ولا يباع رطبه بيابسه على الأرض، لما روى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: أينقص الرطب إذا يبس فقيل له نعم، قال فلا. فنهى عن بيع الرطب بالتمر وجعل العلة فيه أنه ينقص عن يابسه فدل على أن كل رطب لا يجوز بيعه بيابسه. وأما بيع رطبه برطبه فينظر فيه، فإن كان ذلك مما يدخر يابسه كالرطب والعنب ولم يجز بيع رطبه برطبه، وقال المزني يجوز لأن معظم منافعه في حال رطوبته فجاز بيع بعضه ببعض كاللبن، والدليل على أنه لا يجوز أنه لا يعلم التماثل بينهما في حال الكمال والادخار فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالتمر بالتمر جزافاً ويخالف اللبن فإن كماله في حال رطوبته لأنه يصلح لكل ما يراد به والكمال في الرطب والعنب في حال يبوسته لأنه يعمل منه كل ما يراد منه ويصلح للبقاء والادخار، وإن كان مما لا يدخر يابسه كسائر الفواكه ففيه قولان: أحدهما لا يجوز لأنه جنس فيه رباً فلم يجز بيع رطبه برطبه كالرطب والعنب. والثاني أنه يجوز لأن معظم منافعه في حال رطوبته، فجاز بيع رطبه برطبه كاللبن، وفي الرطب الذي لا يجيء منه التمر والعنب الذي لا يجيء منه الزبيب طريقان: أحدهما أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض لأن الغالب منه أنه يدخر يابسه ومالا يدخر منه نادر فألحق بالغالب والثاني وهو قول أبي العباس إنه على قولين لأن معظم منفعته في حال رطوبته، فكان على قولين كسائر الفواكه. وفي بيع اللحم الطري باللحم الطري طريقان: أحدهما وهو المنصوص إنه لا يجوز لأنه يدخر يابسه فلم يجز بيع رطبه برطبه كالرطب والعنب، والثاني وهو قول أبي العباس إنه على قولين لأن معظم منفعته في حال رطوبته فصار كالفواكه، فإن باع منه ما فيه نداوة يسيرة بمثله كالتمر الحديث بعضه ببعض جاز بلا خلاف لأن ذلك لا يظهر في الكيل، وإن كان مما يوزن كاللحم لم يجز لأنه يظهر في الوزن.

فصل: وأما **العرايا** وهو بيع الرطب على النخل بالتمر على الأرض خرصاً، فإنه يجوز للفقراء فيخرص ما على النخل من الرطب، وما يجيء منه من التمر إذا جف ثم يبيع ذلك بمثله تمراً ويسلمه إليه قبل التفرق والدليل عليه ما روى محمود بن لبيد قال:

بالتسكين قوله: **(العرايا)** جمع عرية وهي النخلة يعيرها صاحبها رجلاً محتاجاً فيجعل له ثمرتها عامها فيعروها أي يأتيها وهي فعيلة بمعنى مفعولة يقال عراه يعروه إذا أتاه وقال الأزهري: سميت عرايا لأنها من جملة الحائط وصدقتها وما يخرص على صاحبها من عشرها فعريت من جملة ذلك أي أخرجت وهي عرية فعيلة بمعنى مفعولة وإنما دخلت فيها الهاء لأنها أفردت فصارت في أعداد الأسماء مثل النطيحة والأكيلة ولو جئت بها مع النخلة قلت نخلة عري قال:

قلت لزيد بن ثابت: ما عراياكم هذه. فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس **وعندهم فضول** من قوتهم من التمر فرخص لهم رسول الله ﷺ أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونها رطباً، وهل يجوز للأغنياء فيه قولان: أحدهما لا يجوز ـ وهو اختيار المزني ـ لأن الرخصة وردت في حق الفقراء والأغنياء لا يشاركونهم في الحاجة فبقي في حقهم على الحظر، والثاني أنه يجوز لما روى سهل بن أبي حثمة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالتمر، إلا أنه رخص في العرايا أن تبتاع **بخرصها** تمراً يأكلها أهلها رطباً ولم يفرق، ولأن كل بيع جاز للفقراء، جاز للأغنياء كسائر البيوع، وهل يجوز ذلك في الرطب بالرطب؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها يجوز ـ وهو قول أبي علي بن خيران لما روى زيد بن ثابت قال: رخص رسول الله ﷺ في العرايا بالتمر والرطب ولم يرخص في غير ذلك، والثاني لا يجوز وهو قول أبي سعيد الاصطخري لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تبايعوا ثمر النخل بثمر النخل» ولأن الخرص غرر وقد وردت الرخصة في جوازه في أحد العوضين فلو جوزناه في الرطب بالرطب لجوزناه في العوضين وذلك غرر كثير زائد على ما وردت فيه الرخصة فلم يجز، كشرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام، والثالث وهو قول أبي إسحاق إنه إن كان نوعاً واحداً لم يجز لأنه لا حاجة به إليه لأن مثل ما يبتاعه عنده، وإن كان نوعين جاز لأنه قد يشتهي كل واحد منهما النوع الذي عند صاحبه، فيكون كمن عنده تمر ولا رطب عنده، ولا يجوز في العرايا فيما زاد على خمسة أوسق في عقد واحد لما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ **نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة**. فالمحاقلة أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق من حنطة، والمزابنة أن يبيع الثمر على رؤوس النخل بمائة فرق، والمخابرة كراء الأرض بالثلث والربع، ويجوز ذلك فيما دون خمسة أوسق، لما روى أبو هريرة رضي الله أن النبي ﷺ أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق، وفي خمسة أوسق قولان: أحدهما لا يجوز وهو قول المزني لأن الأصل هو الحظر وقد ثبت جواز ذلك فيما دون خمسة أوسق

ليست بسهناء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الحوائج

قال الهروي: ويحتمل أن تكون من عرى يعري كأنها عريت من جملة التحريم، فعريت أي خلت وخرجت منه.

قوله: **(وعندهم فضول)** جمع فضل وهو الزائد يقال فضل لي شيء عن حاجتي أي زاد

قوله: **(بخرصها)** بكسر الخاء هو الشيء المخروص المقدر، وأما الخرص بالفتح فالمصدر

قوله: **(نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة)** فالمخابرة كراء الأرض بالثلث والربع ونحوه

لحديث أبي هريرة رضي الله عنه وفي خمسة أوسق شك لأنه روي في حديث أبي هريرة فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق شك فيه داود بن الحصين فبقي على الأصل، ولأن خمسة أوسق في حكم ما زاد بدليل أنه تجب الزكاة في الجميع، فإذا لم تجز فيما زاد على خمسة أوسق لم تجز في خمسة أوسق، والقول الثاني أنه يجوز لعموم حديث سهل بن أبي حثمة.

فصل: وما جاز في الرطب بالتمر جاز في العنب بالزبيب لأنه يدخر يابسة، ويمكن خرصه فأشبه الرطب، وفيما سوى ذلك من الثمار قولان: أحدهما يجوز لأنه ثمرة فجاز بيع رطبها بيابسها خرصاً كالرطب، والثاني لا يجوز لما روى زيد بن ثابت قال: رخص رسول الله ﷺ في العرايا بالتمر والرطب ولم يرخص في ذلك ولأن سائر الثمار لا يدخر يابسها، ولا يمكن خرصها لتفرقها في الأغصان واستتارها في الأوراق فلم يجز بيعها خرصاً.

فصل: ولا يباع منه ما نزع نواه بما لم ينزع نواه لأن أحدهما على هيئة الادخار، والآخر على غير هيئة الادخار، ويتفاضلان حال الادخار فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالتمر، وهل يجوز بيع ما نزع نواه بعضه ببعض؟ فيه وجهان: أحدهما يجوز لقوله ﷺ لا تبيعوا التمر بالتمر **إلا سواء بسواء**، والثاني لا يجوز لأنه يتجافى في المكيال

مشتق من الخبار وهي الأرض الرخوة ذات الحجارة يقال أرض خبرة وخبراء وعرة الموضع قال:

أخافُ إذا نزلن بنا خباري وحث الركب أن لا تحمليني

كان ابن الأعرابي يقول أصل المخابرة من خيبر لأن النبي ﷺ عاملهم حين غلب عليهم على النصف فقيل خابرهم. والمحاقلة فيها أقوال أحدها اكتراء الأرض بالحنطة هكذا جاء مفسراً في الحديث. وقال قوم هو في المزارعة بالثلث والربع. وقال أبو عبيد هو بيع الطعام وهو في سنبله بالبر مأخوذ من الحقل هو الذي يسمى القراح بالعراق. قال في البيان: القراح مثل الحول وقال الجوهري: القراح المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر. والمحاقل المزارع ويقال أحقل أي أزرع ويقال لا تنبت إلى الحقلة. والمزابنة شراء التمر على رؤوس النخل بالتمر على وجه الأرض، قال الأزهري وأصله من الزبن وهو الدفع كأن كل واحد من المتبايعين يزبن صاحبه عن حقه بما يراد منه يقال ناقة زبون، إذا كانت تدفع حالبها برجلها وحرب زبون يدفع منها إلى الموت. وإنما حرمت المحاقلة والمزابنة لأنهما من الكيل أو الوزن وليس يجوز إذا كانا من جنس واحد إلا مثلاً بمثل يداً بيد وهو مجهول لا يدرى أيهما أكثر والفرق ستة عشر رطلاً.

قوله: (سواء بسواء) أي لا يجوز إلا مستو بمستو لا فضل في أحدهما على الآخر

فلا يتحقق التساوي ولأنه يجهل تساويهما في حال الكمال والادخار فأشبه بيع التمر بالتمر جزافاً.

فصل: ولا يجوز بيع نيئه بمطبوخه لأن النار تعقد أجزاءه وتسخنه فإن بيع كيلاً لم يجز لأنهما لا يتساويان في الكيل في حال الادخار، وإن بيع وزناً لم يجز لأن أصله الكيل فلا يجوز بيعه وزناً، ولا يجوز بيع مطبوخه، لأن النار قد تعقد من أجزاء أحدهما أكثر من الآخر فيجهل التساوي. واختلف أصحابنا في بيع العسل المصفى بالنار بعضه ببعض؛ فمنهم من قال لا يجوز لأن النار تعقد أجزاءه فلا يعلم تساويهما، ومنهم من قال يجوز وهو المذهب لأن نار التصفية نار لينة لا تعقد الأجزاء وإنما تميزه من الشمع فصار كالعسل المصفى بالشمس. واختلفوا في بيع السكر بعضه ببعض، فمنهم من قال لا يجوز لأن النار قد عقدت أجزاءه، ومنهم من قال يجوز لأن ناره لا تعقد الأجزاء وإنما تميزه من القصب.

فصل: ولا يجوز بيع الحب بدقيقه متفاضلاً لأن الدقيق هو الحب بعينه وإنما فرقت أجزاؤه فهو كالدنانير الصحاح بالقراضة، فأما بيعه به متماثلاً فالمنصوص أنه لا يجوز. وقال الكرابيسي: قال أبو عبد الله: تجوز فجعل أبو الطيب بن سلمة هذا قولاً آخر. وقال أكثر أصحابنا: لا يجوز قولاً واحداً ولعل الكرابيسي أراد أبا عبد الله مالكاً أو أحمد فإن عندهما يجوز ذلك والدليل على أنه لا يجوز أنه جنس فيه ربا بيع منه ما هو على هيئة الادخار بما ليس منه على هيئة الادخار على وجه يتفاضلان في حال الادخار فلم يصح كبيع الرطب بالتمر. ولا يجوز بيع دقيقه بدقيقه وروى المزني عنه في المنثور أنه يجوز وإليه أومأ في البويطي لأنهما يتساويان في الحال ولا يتفاضلان في الثاني فجاز بيع أحدهما بالآخر كالحنطة بالحنطة والصحيح هو الأول لأنه جهل التساوي بينهما في حال الكمال والإدخار فأشبه بيع **الصبرة** بالصبرة **جزافاً**، ولا يجوز بيع حبه بسويقه ولا سويقه بسويقه لما ذكرناه في الدقيق ولأن النار قد دخلت فيه وعقدت أجزاءه فمنع التماثل، ولا يجوز بيعه بخبزه لأنه دخله النار وخالطه الملح والماء وذلك يمنع التماثل، ولأن الخبز موزون والحنطة مكيل، فلا يمكن معرفة التساوي بينهما ولا يجوز بيع خبزه بخبزه لأن ما فيه من الماء والملح يمنع من لاعلم بالتماثل فمنع جواز العقد، وإن جفف الخبز وجعل فتيتاً وبيع بعضه ببعض كيلاً ففيه قولان: أحدهما لا يجوز لأنه لا يعلم تساويهما في حال التكامل فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالرطب، والثاني أنه يجوز لأنه مكيل مدخر فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر.

قوله: **(الصبرة)** الصبرة هي الكومة المجموعة من الطعام سميت صبرة لا فراغ بعضها عن بعض ومنه قيل السحاب نراه فوق السحاب صبيرة، قاله الأزهري قوله: **(جزافاً)** أي جملة

فصل: ولا يجوز بيع أصله بعصيره كالسمسم بالشيرج، والعنب بالعصير، لأنه إذا عصر الأصل نقص عن العصير الذي بيع به ويجوز بيع العصير بالعصير إذا لم تنعقد أجزاؤه لأنه يدخر على صفته فجاز بيع بعضه ببعض كالزبيب بالزبيب، ويجوز بيع الشيرج بالشيرج ومن أصحابنا من قال لا يجوز لأنه يخالطه الماء والملح وذلك يمنع التماثل فمنع العقد والمذهب الأول لأنه يدخر على جهته فجاز بيع بعضه ببعض كالعصير وأما الماء والملح فإنه يحصل في **الكسب** ولا ينعصر لأنه لو انعصر في الشيرج لبان عليه ويجوز بيع خل الخمر بخل الخمر لأنه يدخر على جهته فجاز بيع بعضه ببعض كالزبيب بالزبيب ولا يجوز بيع خل الخمر بخل الزبيب لأن في خل الزبيب ماء وذلك يمنع من تماثل الخلين، ولا يجوز بيع خل الزبيب بخل الزبيب، ولا بيع خل التمر بخل التمر لأنا إن قلنا إن الماء فيه ربا لم يجز للجهل بتماثل الماءين والجهل بتماثل الخلين، وإن قلنا لا ربا في الماء لم يجز للجهل بتماثل الخلين، وإن باع خل الزبيب بخل التمر فإن قلنا إن في الماء ربا لم يجز للجهل بتماثل الماءين فيهما، وإن قلنا لا ربا في الماء جاز لأنهما جنسان فجاز بيع أحدهما بالآخر مع الجهل بالمقدار كالتمر بالزبيب والله أعلم.

فصل: ولا يجوز بيع شاة في ضرعها لبن بلبن شاة لأن اللبن يدخل في البيع ويقابله قسط من الثمن، والدليل عليه أن النبي ﷺ جمعل في مقابلة لبن المصراة صاعاً من تمر، ولأن اللبن في الضرع كاللبن في الإناء والدليل عليه قوله ﷺ: «لا يحلبن أحدكم شاة غيره بغير إذنه أيحب أحدكم أن تؤتى خزانته **فينتثل ما فيها**»[1] فجعل اللبن كالمال في الخزانة فصار كما لو باع لبناً وشاة بلبن، فإن باع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن ففيه وجهان: قال أبو الطيب بن سلمة: يجوز كما يجوز بيع السمسم بالسمسم وإن كان في كل واحد منهما شيرج، وكما يجوز بيع دار بدار وإن كان في كل واحدة منهما بئر ماء. وقال أكثر أصحابنا: لا يجوز لأنه جنس فيه ربا بيع بعضه ببعض ومع كل واحد منهما شيء مقصود فلم يجز كما لو باع نخلة مثمرة بنخلة مثمرة ويخالف السمسم لأن الشيرج في السمسم كالمعدوم، لأنه لا يحصل إلاّ بطحن وعصر واللبن موجود في الضرع

بغير كيل ولا وزن ولا عدد فارسي معرب قوله: **(الكسب)** الكسب بضم الكاف عصارة الدهن.

قوله: **(فينتثل ما فيها)** أي يستخرج قال الهروي أصل النثل نثرك للشيء مرة واحدة

---

(١) رواه مسلم في كتاب اللقطة حديث ١٣. أبو داود في كتاب الجهاد باب ٨٥. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٦٨. أحمد في مسنده (٢/ ٦، ٧).

من غير فعل ويمكن أخذه من غير مشقة. وأما الدار فإن قلنا إن الماء يملك ويحرم فيه الربا فلا يجوز بيع إحدى الدارين بالأخرى ويجوز بيع اللبن الحليب بعضه ببعض لأن عامة منا فعه في هذه الحال فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر بالتمر ويجوز **بيع اللبن الحليب بالرائب** وهو الذي فيه حموضة لأنه لبن خالص، وإنما تغير فهو كتمر طيب بتمر غير طيب، ويجوز بيع الرائب بالرائب كما يجوز بيع تمر متغير بتمر متغير ولا يجوز بيع اللبن بما يتخذ منه من الزبد والسمن، لأن ذلك مستخرج منه فلا يجوز بيعه به كالشيرج بالسمسم ولا يجوز بيعه بالمخيض لأن المخيض لبن نزع منه الزبد والحليب لم ينزع منه الزبد فإذا بيع أحدهما بالآخر، تفاضل اللبنان. ولا يجوز بيعه بالشيراز واللبأ والجبن لأن أجزاءها قدا نعقدت فلا يجوز بيعها باللبن كيلاً لأنهما يتفاضلان ولا يجوز بيعها وزناً لأن اللبن مكيل فلا يباع بجنسه وزناً وأما بيع ما يتخذ منه بعضه ببعض فإنه إن باع السمن بالسمن جاز لأنه لا يخالطه غيره. قال الشافعي رحمه الله والوزن فيه أحوط. وقال أبو إسحاق: يباع كيلاً لأن أصله الكيل فإن باع الزبد بالزبد، ففيه وجهان: أحدهما يجوز كما يجوز بيع السمن بالسمن واللبن باللبن، والثاني لا يجوز لأن الزبد فيه لبن فيكون بيع لبن وزبد بلبن وزبد. وإن باع المخيض بالمخيض نظرت، فإن لم يطرح فيه الماء جاز لأنه بيع لبن بلبن وإنما طرح فيه ماء للضرب لم يجز لتفاضل الماءين وتفاضل اللبنين وإن باع **الجبن أو الأقط أوالمصل أو اللبأ** بعضه ببعض لم يجز لأن أجزاءها منعقدة ويختلف انعقادها ولأن فيها ما يخالطه الملح والأنفحة وذلك يمنع التماثل، وأما بيع نوع منه بنوع آخر فإنه ينظر فيه فإن باع الزبد بالسمن لم يجز لأن السمن مستخرج من الزبد فلا يجوز بيعه بما استخرج منه كالشيرج بالسمسم وإن باع المخيض بالسمن فالمنصوص أنه يجوز لأن ليس في أحدهما شيء من الآخر. قال شيخنا القاضي أبو الطيب الطبري رحمه الله: هما كالجنسين فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً بلا خلاف وإن باع الزبد بالمخيض فالمنصوص أنه يجوز، وقال أبو إسحاق لا يجوز لأن في الزبد شيئاً من المخيض فيكون بيع زبد ومخيض بمخيض وهذا لا يصح لأن الذي فيه من المخيض لا يظهر إلاّ بالتصفية

يقال نثلت كنانتي إذا استخرجت ما فيها من النبل قوله: (**بيع الحليب بالرائب**) راب اللبن يروب روباً إذا خثر فهو رائب والرائب يكون لما مخض ولما لم يمخض ومعنى مخض أي حرك حتى يخرج زبده والمخيض فعيل منه، والمروب الإناء الذي يروب فيه اللبن. قال أبو عبيد: إذا خثر اللبن فهو الرائب فلا يزال ذلك اسمه حتى ينزع زبده واسمه على حاله بمنزلة العشراء من الإبل ما لم تضع فهو اسمها قوله: (**الجبن أو الأقط أو المصل أو اللبأ**) تذكر في كتاب الأيمان إن شاء الله. والجزور ذكر في الوضوء وكذا العناق ذكره في الزكاة.

والنار فلم يكن له حكم وما سوى ذلك لا يجوز بيع نوع منه بنوع آخر لأنه يؤدي إلى التفاضل.

فصل: ولا يجوز بيع حيوان يؤكل لحمه بلحمه لما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يباع حي بميت» وروى ابن عباس رضي الله عنه أن جزوراً نحرت على عهد أبي بكر رضي الله عنه فجاء رجل بعناق فقال: أعطوني بها لحماً فقال أبو بكر: لا يصلح هذا ولأنه جنس فيه الربا بيع بأصله الذي فيه مثله فلم يجز كبيع الشيرج بالسمسم. وفي بيع اللحم بحيوان لا يؤكل قولان: أحدهما لا يجوز للخبر، والثاني يجوز لأنه ليس فيه مثله فجاز بيعه به كاللحم بالثوب. ويجوز بيع اللحم بجنسه إذا تناهى جفافه ونزع منه العظم لأنه يدخر على هذه الصفة فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر، وهل يجوز بيع بعضه ببعض قبل زرع العظم؟ فيه وجهان: قال أبو سعيد الأصطخري يجوز كما يجوز بيع التمر بالتمر وفيه النوى، ومن أصحابنا من قال لا يجوز كما لا يجوز بيع العسل الذي فيه شمع بعضه ببعض ويخالف النوى في التمر فإن فيه مصلحة له وليس في ترك العظم في اللحم مصلحة له.

فصل: ولا يجوز بيع بيض الدجاج بدجاجة في جوفها بيض لأنه جنس فيه ربا بيع بما فيه مثله فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان.

باب بيع الأصول والثمار

إذا باع أرضاً وفيها بناء أو غراس نظرت؛ فإن قال بعتك هذه الأرض بحقوقها دخل فيها البناء والغراس لأنه من حقوقها، وإن لم يقل بحقوقها فقد قال في البيع يدخل، وقال في الرهن لا يدخل واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق: فمنهم من قال لا يدخل في الجميع لأن الأرض ليست بعبارة عن الغراس والبناء وتأول قوله في البيع عليه إذا قال بحقوقها ومنهم من نقل جوابه في الرهن إلى البيع وجوابه في البيع إلى الرهن وجعلهما على قولين: أحدهما لا يدخل في الجيمع لأن الأرض اسم للعرصة دون مافيها من الغراس والبناء، والثاني يدخل لأنه متصل بها فدخل فيه الغراس والبناء والرهن عقد ضعيف لا يزيل الملك فلم يدخل فيه الغراس والبناء فإن قال بعتك هذه القرية بحقوقها لم تدخل فيها المزارع لأن القرية اسم للأبنية دون المزارع، وإن قال بعتك هذه الدار دخل فيها ما اتصل بها من الرفوف المسمرة **والجوابي والأجاجين** المدفونة فيها للانتفاع بها.

باب بيع الأصول والثمار

قوله: (**والجوابي والأجاجين**) الجوابي جمع جابية وهي كالحوض قال الأعشى:

* كجابية الشيخ العراقي تفهق *

وإن كان فيها رحا مبينة دخل الحجر **السفلاني** في بيعها لأنه متصل بها وفي **الفوقاني** وجهان: أحدهما أنه يدخل وهو الصحيح لأنه ينصب هكذا فدخل فيه كالباب، والثاني لا يدخل لأنه منفصل عن المبيع، ويدخل الغلق المسمر في الباب. وفي المفتاح وجهان أحدهما: يدخل فيه لأنه من مصلحته فلا ينفرد عنه، والثاني لا يدخل لأنه منفصل فلم يدخل فيه كالدلو والبكرة، وإن كان في الدار شجرة فعلى الطرق الثلاثة التي ذكرناها في الأرض، وأماالماء الذي في البئر فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق: الماء غير مملوك لأنه لوكان مملوكاً لصاحب الدار لما جاز للمستأجرين شربه لأنه إتلاف عين فلا يستحق بالإجارة كثمرة النخل ولوجب أن لا يجوز للمشتري رد الدار بالعيب بعد شربه كما لا يجوز رد النخل بعد أكل ثمرته، فعلى هذا لا يدخل في بيع الدار غير أن المشتري أحق به لثبوت يده على الدار. وقال أبو علي بن أبي هريرة: هو مملوك لمالك الدار وهو المنصوص في القديم وفي كتاب حرملة لأنه من نماء الأرض فكان لمالك الأرض كالحشيش، فإذا باع الدار فإن الماء الظاهر للبائع لا يدخل في بيع الدار من غير شرط وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري، فعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الظاهر من الماء للمشتري لأنه إذا لم يشترط اختلط ماء البائع بماء المشتري فينفسخ البيع، وإن كان في الأرض معدن باطن كمعدن الذهب والفضة دخل في البيع لأنه من أجزاء الأرض، وإن كان معدناً ظاهراً **كالنفط والقار** فهو كالماء المملوك في قول أبي علي بن أبي هريرة. وغير مملوك في قول أبي إسحاق، والحكم في دخوله في البيع على ما بيناه في الماء، وإن باع أرضاً وفيها ركاز أو حجارة مدفونة لم تدخل في البيع لأنها ليست من أجزاء الأرض ولا هي متصلة بها فلم تدخل في بيعها.

فصل: وإن باع نخلاً وعليها طلع غير مؤبر دخل في بيع النخل وإن كان مؤبراً لم يدخل لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من باع نخلاً **بعد أن تؤبر** فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع»[1] فجعلها للبائع بشرط أن تكون مؤبرة فدل على

يقال جبيت الماء في الحوض إذا جمعته قال الله تعالى: ﴿وجفان كالجواب﴾ [سبأ: ١٣] والأجاجين جمع إجانة وهي التي تغسل فيها الثياب مثل المركن قوله: (**السفلاني والفوقاني**) نسبة إلى سفل وفوق زيدت فيه الألف والنون كما زادوهما في أحمراني وأشعراني ورقباني قوله: (**النفط والقار**) النفط دهن كريه الرائحة بفتح النون وكسرها والكسر أفصح والقار أسود لزج يتخذ للسفن يقال قار وقيد قوله: (**بعد أن تؤبر**) تأبير النخل تلقيحه. يقال

---

(١) رواه البخاري في كتاب المساقاة باب ١٧. مسلم في كتاب البيوع حديث ٨٠. الترمذي في كتاب البيوع ٢٥. النسائي في كتاب البيوع باب ٧٦.

أنها إذا لم تكن مؤبرة فهي للمبتاع، ولأن ثمرة النخل كالحمل لأنه نماء كامن لظهوره غاية كالحمل، ثم الحمل الكامن يتبع الأصل في البيع والحمل الظاهر لا يتبع فكذلك الثمرة. قال الشافعي رحمه الله: وما شقق في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر. وإن باع فحالاً وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان: أحدهما أنه لا يدخل في بيع الأصل لأن جميع الطلع مقصود مأكول وهو ظاهر فلم يتبع الأصل كالتين، والثاني أنه يدخل في بيع الأصل وهو الصحيح لأنه طلع لم يتشقق فدخل في بيع الأصل كطلع الإناث، وما قاله الأول لا يصح لأن المقصود ما فيه وهو **الكش الذي تلقح به الإناث** وهو غير ظاهر، فدخل في بيع الأصل كطلع الإناث.

فصل: وإن باع حائطاً أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر فيكون الجميع للبائع لأنا لو قلنا إن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي فجعل ما لم يؤبر تبعاً للمؤبر لأن الباطن يتبع الظاهر، ولم نجعل ما أبر تابعاً لما لم يؤبر لأن الظاهر لا يتبع الباطن ولهذا جعلنا أساس الدار تابعاً لظاهرها في تصحيح البيع ولم نجعل ظاهرها تابعاً للباطن في إفساد البيع. وقال أبو علي بن خيران: إن كان نوعاً واحداً جعل غير المؤبر تابعاً للمؤبر، وإن كان نوعين لم يجعل ما لم يؤبر من أحد النوعين تابعاً للمؤبر من نوع آخر لأن النوع الواحد يتقارب ظهوره والنوعان يتخلف ظهورهما، والمذهب الأول لما ذكرناه من سوء المشاركة واختلاف الأيدي وذلك يوجد في النوعين كما يوجد في النوع الواحد وأما إذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الآخر وباعهما فإن المؤبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري ولا يتبع أحدهما الآخر لأن انفراد كل واحد منهما بثمرة حائط لا يؤدي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي فاعتبر كل واحد منهما بنفسه، وإن كان له حائط أطلع بعضه دون بعض فأبر المطلع ثم باع الحائط ثم أطلع الباقي ففيه وجهان: قال أبو علي بن أبي هريرة: ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر بل يكون للمشتري لأنه حادث في ملكه فلا يصير للبائع، والثاني أنه يتبع المؤبر فيكون للبائع لأنه من ثمرة عامه فجعل تابعاً له كالطلع الظاهر في حال العقد. فإن أبر

نخلة مؤبرة ومأبورة، والاسم منه الإبار على وزن الإزار يقال تأبر الفسيل إذا قبل الإبار قال الراجز:

تأبري يا خيرةَ الفسيل إذا ضن أهل النخل بالفحول

يقول تلقحي من غير تأبير. والفحال ذكر النخل والجمع فحاحيل، وهو ما كان من ذكوره فحلاً لإناثه وقد يقال فيه فحل وفحول قوله: **(الكش الذي تلقح به الإناث)** هو ما ينتفض منه مثل الذريرة. وأصل الكشيش صوت الحية من جلدها لا من فيها وكش الفحل إذا

بعض الحائط دون بعض ثم أفرد الذي لم يؤبر بالبيع ففي طلعه وجهان: أحدهما أنه للبائع لأنا جعلناه في الحكم كالمؤبر بدليل أنه لو باع الجميع كان للبائع فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع، والثاني أنه للمشتري لأنه إنما جعل كالمؤبر إذا بيع معه فيصير تابعاً له فأما إذا أفرده فليس بتابع للمؤبر فتبع أصله.

فصل: قال الشافعي رحمه الله: **والكرسف** إذا بيع أصله كالنخل وأراد به كرسف الحجاز فإنه شجر يحمل في كل سنة وتخرج ثمرته في كمام وتتشقق عنه كالنخل فإن باع وقد تشقق جوزه فهو للبائع، وإن لم يتشقق فهو للمشتري، وإن تشقق بعضه دون بعض جعل الجميع للبائع كالنخل وأما ما لا يحمل إلا سنة وهو قطن العراق وخراسان فهو كالزرع ويجيء حكمه إن شاء الله تعالى.

فصل: وإن باع شجراً غير النخل والكرسف لم يخل إما أن يقصد منه الورد أو الورق أو الثمرة، فإن كان يقصد منه الورد، فإن كان ورده يخرج في كمام ثم ينفتح منه كالورد فهو كالنخيل، فإن كان في الكمام تبع الأصل في البيع كالطلع الذي لم يؤبر، وإن كان خارجاً من الكمام لم يتبع الأصل كالطلع المؤبر، وإن كان لا كمام له كالياسمين كان ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري، وإن كان مما يقصد منه الورق كالتوت ففيه وجهان: أحدهما أنه إن لم ينفتح فهو للمشتري، وإن تفتح فهو للبائع لأن الورق من هذا كالثمر من سائر الأشجار. والثاني أنه للمشتري تفتح أو لم يتفتح لأنه بمنزلة الأغصان من سائر الأشجار وليس كالثمر لأن ثمرة التوت ما يؤكل منه وإن كان مما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة أضرب: أحدها ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام كالتين والعنب، فما ظهر منه فهو للبائع لا يدخل في البيع من غير شرط، وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري لأن الظاهر منه كالطلع المؤبر والباطن منه كالطلع الذي لم يؤبر، والثاني ما يخرج في كمام لا يزال عنه إلا عند الأكل كالرمان والموز فهو للبائع لأن كمامه من مصلحته فهو كأجزاء الثمرة، والثالث ما يخرج وعليه قشرتان كالجوز واللوز والرانج فالمنصوص أنه كالرمان لا يدخل في بيع الأصل لأن قشره لا يتشقق عنه كا لا يتشقق قشر الرمان، ومن أصحابنا من قال: هو كثمرة النخل الذي لم يؤبر لأنه لا يترك في القشر الأعلى كما لا

بدأ في الهدير قوله: **(الكرسف)** هو القطن قد ذكر. كالتوت بتاءين معجمتين من فوق شجر معروف يعلفه دود القزو له حمل أحمر طيب يؤكل. قال الجوهري: ولا يقال التوث بالثاء المثلثة.

قوله: **(في كمام)** هي جمع كمة والكمة وعاء الطلع والنور والجمع كمام وأكمة وأكمام ويكون جمع كم بكسر الكاف. والرانج الجوز الهندي وهو النارجيل قال الجوهري: وما أظنه

تترك الثمرة في الطلع، والرابع ما يكون **في نور يتناثر عنه النور** كالتفاح والكمثري فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد: هو كثمرة النخل إن تناثر عنه النور فهو للبائع، وإن لم يتناثر عنه فهو للمشتري وهو ظاهر كتشقق الطلع عن الثمرة، فكان في الحكم مثلها. وقال الشيخ أبو حامد الأسفرايني: هو للبائع وإن لم يتناثر النور عنها لأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر واستتارها بالقشر الأبيض فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استتارها بالنور.

فصل: وإن باع أرضاً وفيها نبات غير الشجر، فإن كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطبة والبنفسج والنرجس والنعنع والهندبا والبطيخ والقثاء دخل الأصل في البيع وما ظهر منه فهو للبائع وما لم يظهر فهو للمشتري كالأشجار، وإن كان ما لا يحمل إلا مرة كالحنطة والشعير لم يدخل في بيع لأصل لأنه لماء ظاهر لا يراد للبقاء فلم يدخل في بيع الأصل كالطلع المؤبر، وفي بيع الأرض طريقان: من أصحابنا من قال فيه قولان، لأنها في يد البائع إلى أن يحصد الزرع فكان في بيعها قولان كالأرض المستأجرة، ومنهم من قال يصح بيع الأرض قولاً واحداً لأن المبيع في يد المشتري وإنما يدخل البائع للسقي أو الحصاد فجاز بيعه قولاً واحداً كالأمة المزوجة، وإن باع أرضاً فيها بذر لم يدخل البذر في البيع لأنه مودع في الأرض فلم يدخل في بيعها كالركاز فإن باع الأرض مع البذر ففيه وجهان: أحدهما أنه يصح تبعاً للأرض، والثاني لا يصح وهو المذهب لأنه لا يجوز بيعه منفرداً فلم يجز بيعه مع الأرض.

فصل: إذا باع أصلاً وعليه ثمرة للبائع لم يكلف قطع الثمرة إلى أوان الجداد فإن كان مما يقطع بسراً **كالبسر الحيسواني والقرشي** لم يكلف قطعه إلى أن يصير بسراً وإن كان مما لا يقطع إلا رطباً لم يكلف قطعه إلى أن يصير رطباً لأن نقل المبيع على حسب العادة ولهذا إذا اشترى بالليل متاعاً لم يكلف نقله حتى يصبح، وإن اشتراه في المطر لم

عربياً. والبذر سمي بذراً لتفريقه في الأرض، يقال ذهبت إبله شذر بذر ومنه التبذير وهو تفريق المال قوله: (**في نور يتناثر عنه**) النور والنوار هو الزهر من جميع الأشجار. يقال نورت الشجرة وأنارت أي أخرجت نورها يقال: نور بفتح النون ونوار. والنعنع بقلة معروفة، وكذلك النعناع بالألف. والهندبا بقل أيضاً. والرطبة القضيب يقال هندبا وهندبات. وقال أبو زيد: الهندبا بكسر الدال يمد ويقصر له ورق عرضه دون الأصبعين وطوله قدر فتر يكون في البر والبساتين فالبري له خضرة شديدة بالغة ملساء تسميه الأطباء الطرخشوق والعامة المرار، والبستاني منه تعلو غبرة عصارتها نافعة، طبعها بارد يابس. والكمثري وهو العنيرود باليمن قوله: (**كالبسر الحيسواني والقرشي**) هما نوعان من التمر معروفان بالعراق.

يكلف نقله حتى يسكن المطر والعادة في قطع الثمار ما ذكرناه فلا يكلف القطع قبله.

فصل: فإن أصاب النخل عطش وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل فيهلك ففيه قولان: أحدهما لا يكلف البائع قطع الثمرة لأن المشتري دخل في العقد على أن يترك الثمار إلى الجداد فلزمه تركه، والثاني أنه يكلف قطعه لأن المشتري إنما رضي بذلك إذا لم يضر به فإذا أضر به لم يلزمه تركه، فإن احتاج أحدهما إلى سقي ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه لأنه إصلاح لما له من غير إضرار بأحد فجاز، وإن كان على الآخر ضرر في السقي وتشاحا ففيه وجهان: قال أبو إسحاق: يفسخ العقد لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر في الأضرار فوجب أن يفسخ. وقال أبو علي بن أبي هريرة يجبر الممتنع منهما لأنه حين دخل في العقد رضي بدخول الضرر عليه لأنه يعلم أنه لا بد من السقي ويجب أجرة السقي على من يسقي لأن منفعته تحصل له.

فصل: ولا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، وروى ابن عمر رضي الله عنه أيضاً أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمرة النخل **حتى تزهى** والسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن **العاهة**، ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة ولهذا لو اشترى بالليل متاعاً لم يكلف نقله حتى يصبح والعادة في الثمار تركها إلى أوان الجداد فإذا باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز، وإن باعها بشرط القطع جاز لأنه يأخذه قبل أن يتلف فيأمن الغرر، وإن باع الثمرة مع الأصل والزرع مع الأرض قبل بدو الصلاح جاز لأن حكم الغرر مع الأصل كالغرر في الحمل يسقط حكمه إذا بيع مع الأصل، وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض ففيه وجهان: أحدهما يصح لأنه يحصل لمالك الأصل فجاز كما لو باعها مع الشجر والأرض، والثاني لا يصح لأنه أفرده بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع فأشبه إذا باعها من غير مالك الأصل. وإن بدأ صلاحها جاز بيعها بشرط القطع لحديث ابن عمر رضي الله عنه، ولأنه إذا جاز بيعه بشرط القطع قبل بدو الصلاح فلأن يجوز بعد بدو الصلاح أولى. ويجوز بيعها مطلقاً للخبر ولأنه أمن من العاهة فجاز بيعها مطلقاً كسائر الأموال، ويجوز بيعها بشرط التبقية إلى الجداد للخبر، ولأن إطلاق البيع يقتضي التبقية إلى أوان الجداد، فإذا شرط التبقية فقد شرط ما يقتضيه الإطلاق فجاز.

قوله: **(حتى تزهى)** أي تحمر وتصفر. يقال زهى يزهو وأزهى يزهي. ويسمى الحائط الذي هو البستان لأنه تحوط عليه بالحيطان هي الجدر ومنه اشتقت الحياطة التي هي الحفظ وقد حوط كرمه تحويطاً أي بنى حوله قوله: **(العاهة)** يعني الآفة التي ربما تصيب الزرع

فصل: وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها فإن كان رطباً بأن يحمر أو يصفر، وإن كان عنباً أسود بأن **يتموه**، وإن كان أبيض بأن يرق ويحلو، وإن كان زرعاً بأن يشتد، وإن كان بطيخاً بأن يبدو فيه النضج، وإن كان قثاء بأن يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل والدليل عليه ما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم، فإن وجد بدو الصلاح في بعض الجنس من حائط جاز بيع ذلك الجنس كله في ذلك الحائط لأنا لو قلنا لا يجوز إلا فيما بدا صلاحه فيه أدى إلى المشقة والضرر بسوء المشاركة ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخر ولا ما لم يبد فيه الصلاح من ذلك الجنس من حائط آخر لأن المنع من ذلك لا يؤدي إلى الضرر بسوء المشاركة، فإن بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط، فباع منه ما لم يبد فيه الصلاح مفرداً من غير شرط القطع ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأنا جعلناه في حكم ما بدا فيه الصلاح فجاز إفراده بالبيع. والثاني لا يجوز لأنه إنما جعل في حكم ما بدا فيه الصلاح بيعاً لما بدا فيه الصلاح وما أجيز بيعه تبعاً لغيره لم يجز إفراده بالبيع كالحمل.

فصل: إذا ابتاع زرعاً أو ثمرة بعد بدو الصلاح، لم يكلف قطعه قبل أوان الحصاد والجداد لأن العادة فيها تركها إلى الحصاد والجداد فلم يكلف نقله قبله، كما نقول فيمن اشترى متاعاً بالليل، إنه لا يكلف نقله إلا بالنهار، فإن احتاجت الثمرة أو الزرع إلى السقي لزم البائع ذلك لأنه يجب عليه تسليمها في حال **الجداد والحصاد** وذلك لا يحصل إلا بالسقي فلزمه.

فصل: وإذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى **انثالت** عليها حنطة أخرى، ففيه قولان: أحدهما ينفسخ البيع وهو الصحيح، لأنه تعذر التسليم المستحق بالعقد فإن البائع لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله، فإن رضي البائع بتسليم ماله لم يلزم المشتري قبوله، وإذا تعذر تسليم المعقود عليه بطل العقد كما لو تلف المبيع. والثاني لا ينفسخ لأن المبيع باقٍ وإنما انضاف إليه زيادة فصار كما لو باع عبداً فسمن أو شجرة فكبرت، فإن قلنا لا ينفسخ

وتفسده يقال أعاه القوم وأعوهوا إذا أصاب ثمارهم أو ماشيتهم العاهة قوله: **(بأن يتموه)** له تأويلان: أحدهما حتى تدور فيه الحلاوة مأخوذ من الماء اللين ماه. والثاني معناه يبدو فيه الصفرة من موهت الفضة إذا صفرتها بالذهب قوله: **(الجذاذ والحصاد)** بضم الجيم وكسرها والجذاذ قطع الثمرة والحصاد في الزرع. يقال قد أجذ النخل أي حان له أن يجذ وهذا زمان الجذاذ وجذ الشيء إذا قطعه وكذا الجذاذ في الرطبة هو قطعها أيضاً.

قوله: **(انثالت)** أي انصبت وانثال التراب إذا انصب وانثال عليه الناس انصبوا قوله:

قلنا للبائع إن سمحت بحقك أقر العقد، وإن لم تسمح فسخ العقد وإن اشترى شجرة عليها حمل للبائع، فلم يأخذه حتى حدث حمل للمشتري واختلطت ولم تتميز ففيه طريقان: قال أبو علي بن خيران وأبو علي الطبري لا ينفسخ العقد قولاً واحداً بل يقال إن سمح أحد كما بترك حقه من الثمرة أقر العقد لأن المبيع هو الشجر، ولم يختلط الشجر بغيره وإنما اختلط ما عليها من الثمرة، والثمرة غير مبيعة فلم ينفسخ البيع كما لو اشترى داراً وفيها طعام للبائع وطعام للمشتري فاختلط أحد الطعامين بالآخر، فإن البيع لاينفسخ في الدار. وقال المزني وأكثر أصحابنا: إنها على قولين كالمسئلة قبلها لأن المقصود بالشجر هو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع، وإن اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقان: أحدها أنه لا يبطل البيع قولاً واحداً بل يقال للبائع، إن سمحت بحقك أقر العقد، وإن لم تسمح فسخ العقد لأنه لم يختلط المبيع بغيره، وإنما زاد المبيع في نفسه فصار كما لو اشترى عبداً صغيراً فكبر أو هزيلاً فسمن، والثاني وهو الصحيح أنه على قولين: أحدهما لا ينفسخ البيع، والثاني ينفسخ ويخالف السمن والكبر في العبد فإن تلك الزيادة لا حكم لها، ولهذا يجبر البائع على تسليم العبد مع السمن والكبر ولهذه الزيادة حكم ولهذا لا يجبر البائع على تسليمها فدل على الفرق بينهما.

فصل: وإن كان له شجرة **تحمل حملين** فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر، ويختلط به ولا يتميز فالبيع باطل، وقال الربيع فيه قول آخر إن البيع يصح ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جزة من الرطبة فلم يأخذ حتى حدث شيء آخر أن البيع يصح في أحد القولين، والصحيح هو الأول لأنه باع مالا يقدر على تسليمه، لأن العادة فيها الترك فإذا ترك إختلط به غيره فتعذر التسليم بخلاف الرطبة فإنه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم.

باب بيع المصراة والرد بالعيب

إذا اشترى ناقة أو شاة أو بقرة مصراة ولم يعلم بأنها مصراة ثم علم أنها مصراة،

(تحمل حملين) الحمل بفتح الحاء ما كان على الشجر أو في البطن. والحمل بالكسر ما كان على الظهر مثل حمل البعير.

ومن باب بيع المصراة والرد بالعيب

المصراة هي التي لا تحلب أياماً حتى يجتمع اللبن في ضرعها. وأصل التصرية الحبس والجمع يقال صر الماء في ظهره زماناً إذا حبسه وصرى الرجل الماء في صلبه إذا امتنع من الجماع. قال الشاعر:

فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد، لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تصروا الإبل والغنم للبيع، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثاً إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر»[١]، وروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها ردّ معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً»[٢]. واختلف أصحابنا في وقت الرد، فمنهم من قال يتقدر الخيار بثلاثة أيام، فإن علم بالتصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار في بقية الثلاث للسنة، ومنهم من قال: إذا علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفور فإن لم يرد سقط خياره لأنه خيار ثبت لنقص فكان على الفور كخيار الرد بالعيب.

فصل: فإن اختار رد المصراة رد بدل اللبن الذي أخذه واختلفت الرواية فيه فروى أبو هريرة صاعاً من تمر وروى ابن عمر مثل أو مثلي لبنها قمحاً، واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس بن سريج: يرد في كل بلد من غالب قوته وحمل حديث أبي هريرة على من قوت بلده التمر، وحديث ابن عمر على من قوت بلده القمح، كما قال في زكاة الفطر صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير وأراد التمر لمن قوته التمر، والشعير لمن قوته الشعير. وقال أبو إسحاق: الواجب صاع من التمر لحديث أبي هريرة وتأول حديث ابن عمر عليه إذا كان مثل لبنها من القمح أكثر قيمة من صاع من التمر فتطوع به وإن كان قيمة الصاع بقيمة الشاة أو أكثر ففيه وجهان: قال أبو إسحاق: يجب عليه قيمة صاع بالحجاز لأنا لو أوجبنا صاعاً بقيمة الشاة حصل للبائع الشاة وبدلها فوجب قيمة الصاع بالحجاز لأنه هو الأصل، ومن أصحابنا من قال يلزمه الصاع، وإن كان بقيمة الشاة أو أكثر ولا يؤدي إلى الجمع بين الشاة وبدلها لأن الصاع ليس ببدل عن الشاة، وإنما هو بدل عن اللبن فجاز كما لو غصب عبداً فخصاه، فإنه يرد العبد مع قيمته ولا يكون ذلك جمعاً بين العبد وقيمته لأن القيمة بدل عن العضو المتلف، وإن كان ما حلب من اللبن باقياً، فأراد رده ففيه وجهان: قال أبو إسحاق: لا يجبر البائع على أخذه لأنه صار بالحلب ناقصاً، لأنه يسرع إليه التغير فلا يجبر على أخذه، ومن أصحابنا من قال يجبر لأن نقصانه حصل

رُبّ غـلام قـد صـرى فـي فـقـرتـهِ   مـاءَ الـشـبـابِ عـنـفـوانَ مـنـبـتـه

ويقال ماء صرى إذا اجتمع في محبس فتغير لطول المكث قال الشاعر:

صـرى آجـن يـزوي لـه الـمـرء وجـهـه   إذا ذاقـه ظـمـآن فـي شـهـر نـاجـر

---

(١) رواه البخاري في كتاب البيوع باب ٦٤، ٧١. أبو داود في كتاب البيوع باب ٤٦. النسائي في كتاب البيوع باب ١٤. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٤٢. أحمد في مسنده (١/ ٤٣٠).

(٢) رواه البخاري في كتاب البيوع باب ٦٤، ٦٥. أبو داود في كتاب البيوع باب ٤٦.

لمعنى يستعلم به العيب فلم يمنع الرد، ولأنه لو لم يجز رده لنقصانه بالحلب لم يجز إفراد الشاة بالرد، لأنه إفراد بعض المعقود عليه بالرد، فلما جاز ذلك ههنا وإن لم يجز في سائر المواضع جاز رد اللبن ههنا مع نقصانه بالحلب وإن لم يجز في سائر المواضع.

فصل: وإن اشترى جارية مصراة ففيه أربعة أوجه: أحدها أنه يردها ويرد معها صاعاً لأنه يقصد لبنها فثبت بالتدليس له فيه الخيار والصاع كالشاة، والثاني أنه يردها لأن لبنها يقصد لتربية الولد، ولم يسلم له ذلك فثبت له الرد، ولا يرد بدله لأنه لا يباع ولا يقصد بالعوض، والثالث لا يردها لأن الجارية لا يقصد في العادة إلا عينها دون لبنها، والرابع لا يردها ويرجع بالأرش لأنه لا يمكن ردها مع عوض اللبن، لأنه ليس للبنها عوض مقصود، ولا يمكن ردها من غير عوض لأنه يؤدي إلى إسقاط حق البائع من لبنها من غير بدل، ولا يمكن إجبار المبتاع على إمساكها بالثمن المسمى لأنه لم يبذل الثمن إلاّ ليسلم له ما دلس به من اللبن فوجب أن يرجع على البائع بالأرش كما لو وجد بالمبيع عيباً وحدث عنده عيب.

فصل: وإن اشترى أتاناً مصراة فإن قلنا بقول الإصطخري إن لبنها طاهر ردها ورد معها بدل اللبن كالشاة، وإن قلنا بالمنصوص إنه نجس ففيه وجهان: أحدهما أنه يردها ولا يرد بدل اللبن لأنه لا قيمة له فلا يقابل ببدل، والثاني يمسكها ويأخذ الأرض لأنه لا يمكن ردها مع البدل لأنه لا بدل له ولا ردها من غير بدل لما فيه من إسقاط حق البائع من لبنها ولا إمساكها بالثمن لأنه لم يبذل الثمن، إلاّ لتسلم له الأتان مع اللبن، ولم تسلم فوجب أن تمسك ويأخذ الأرش.

فصل: إذا ابتاع شاة بشرط أن تحلب كل يوم خمسة أرطال ففيه وجهان بناء على القولين فيمن باع شاة شرط حملها: أحدهما لا يصح لأنه شرط مجول فلم يصح، والثاني أنه يصح لأنه يعلم بالعادة فصح شرطه فعلى هذا إذا لم تحلب المشروط فهو بالخيار بين الإمساك والرد.

فصل: إذا ابتاع جارية قد جعد شعرها ثم بان أنها **سبطة الشعر** أو سود شعرها ثم

والآجن المتغير. وناجر شهر الحر وفسرها الشافعي إنها التي تصر أخلافها ولا تحلب أياماً. فمن جعله من الصر قال كانت المصراة في الأصل مصررة فاجتمعت ثلاث رآت فأبدلت إحداهن ياء كما قالوا في تظننت تظنيت من الظن فلما تحركت الياء وانفتح ما قبلها قلبت ألفاً. والمحفلة مثل المصراة من حفل القوم واحتفلوا إذا اجتمعوا قوله: **(سبطة الشعر)** أي مسترسل غير جعد، يقال شعر سبط بالكسر وسبط بالسكون. والتدليس في البيع هو كتمان عيب السلعة عن المشتري. والمدالسة كالمخادعة يقال فلان لا يدالسك أي لا

بان بياض شعرها أو حمر وجهها ثم بان صفرة وجهها، ثبت له الرد لأنه تدليس بما يختلف به الثمن فثبت به الخيار كالتصرية، وإن سبط شعرها ثم بان أنها جعدة ففيه وجهان: أحدهما لا خيار له لأن الجعدة، أكمل وأكثر ثمناً، والثاني أنه يثبت له الخيار لأنه قد تكون السبطة أحب إليه وأحسن عنده وهذا لا يصح لأنه اعتبار به وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن والجعدة أكثر ثمناً من السبطة. وإن ابتاع صبرة ثم بان أنها كانت على صخرة أو بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة ثبت له الرد لما ذكرناه من العلة في المسألة قبلها.

فصل: ومن ملك عيناً وعلم بها عيباً لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها لما روى عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «المسلم أخو المسلم فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً يعلم فيه عيباً إلاّ بينه له»[1]. فإن علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه لما روى أبو سباع قال: اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع. فلما خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر فقال هل بين لك ما فيها؟ قلت: وما فيها إنها لسمينة ظاهرة الصحة فقال: أردت بها سفراً أم أردت بها لحماً قلت: أردت عليها الحج قال: إن بخفها نقباً قال صاحبها: أصلحك الله ما تريد إلى هذا تفسد علي قال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يحل لأحد يبيع شيئاً إلاّ بين ما فيه، ولا يحل لمن يعلم ذلك إلاّ بينه» فإن باع ولم يبين العيب صح البيع لأن النبي ﷺ صحح البيع في المصراة مع التدليس بالتصرية.

فصل: فإن لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك فثبت له الرجوع بالثمن كما قلنا في المصراة، فإن ابتاع شيئاً ولا عيب به ثم حدث به عيب في ملكه نظرت، فإن كان حدث قبل القبض ثبت له الرد لأن المبيع مضمون على البائع فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب كما قبل العقد، وإن حدث العيب بعد القبض نظرت، فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث، وإن استند إلى ما قبل القبض بأن كان عبداً فسرق أو قطع يداً قبل القبض فقطعت يده بعد القبض ففيه وجهان: أحدهما أنه يرد وهو قول أبي أسحق لأنه قطع بسبب كان قبل

يخادعك مأخوذ من الدلسة وهي الظلمة. قال الهروي: هو إخفاء العيب قوله: (**إن يخفها نقباً**) بالتحريك نقب البعير، إذا رقت أخفافه وأنقب الرجل، إذا نقب بعيره ونقب الخف

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٤٥.

القبض فصار كما لو قطع قبل القبض. والثاني أنه لا يرد وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لأن القطع وجد في يد المشتري فلم يردكما لو لم يستند إلى سبب قبله.

فصل: إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يخل إما أن يكون المبيع **باقياً على جهته** أو زاد أو نقص فإن كان باقياً على جهته وأراد الرد لم يؤخره فإن أخره من غير عذر سقط الخيار لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فكان على الفور كخيار الشفعة، فإن كان المبيع دابة فساقها ليردها، فركبها في الطريق أو علفها أو سقاها لم يسقط حقه من الرد، لأنه لم يرض بالعيب ولم يوجد منه أكثر من الركوب والعلف والسقي، وذلك حق له إلى أن يرد فلم يمنع الرد، وله أن يرد بغير رضى البائع ومن غر حضوره لأنه رفع عقد جعل إليه فلا يعتبر فيه رضى صاحبه ولا حضوره كالطلاق، فإن اشترى ثوباً بجارية فوجد بالثوب عيباً فوطيء الجارية ففيه وجهان: أحدهما أنه ينفسخ البيع كما ينفسخ البيع في مدة خيار الشرط بالوطء، والثاني لا ينفسخ لأن الملك قد استقر للمشتري فلا يجوز إلاّ بالقول فإن زال العيب قبل الرد ففيه وجهان بناء على القولين في الأمة إذا أعتقت تحت عبد، ثم أعتق العبد قبل أن تختار الأمة الفسخ: أحدهما يسقط الخيار لأن الخيار ثبت لدفع الضرر وقد زال الضرر، والثاني لا يسقط لأن الخيار ثبت بوجود العيب، فلا يسقط من غير رضاه، وإن قال البائع أنا أزيل العيب مثل أن يبيع أرضاً فيها حجارة مدفونة يضر تركها بالأرض فقال البائع: أنا أقلع ذلك في مدة لا أجرة لمثلها سقط حق المشتري من الرد لأن ضرر العيب يزول من غير إضرار، وإن قال البائع أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب لم يجبر المشتري على قبوله، لأنه لم يرض إلاّ بمبيع سليم بجميع الثمن، فلم يجبر على إمساك معيب ببعض الثمن، وإن قال المشتري أعطني الأرش لأمسك المبيع لم يجبر البائع على دفع الأرش لأنه لم يبذل المبيع إلا بجميع الثمن فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن فإن تراضيا على دفع **الأرش** لإسقاط الخيار ففيه وجهان: أحدهما يجوز وهو قول أبي العباس لأن خيار الرد يجوز أن يسقط إلى المال وهو إذا حدث عند المشتري عيب فجاز إسقاطه إلى المال بالتراضي كالخيار في القصاص، والثاني لا يجوز وهو المذهب لأنه خيار فسخ، فلم يجز إسقاطه بمال كخيار الشرط وخيار الشفعة فإن تراضيا على ذلك وقلنا إنه لا يجوز فهل يسقط خياره؟ فيه وجهان: أحدهما أنه يسقط لأنه رضي بإمساك العين مع العيب، والثاني لا يسقط وهو المذهب ولأنه رضي بإسقاط الخيار بعوض ولم يسلم له العوض فبقي الخيار وإن أراد أن يرد بعضه لم يجز لأن على البائع

الملبوس إذا تخرق قوله: (**باقياً على جهته**) أي حالته وليس من الجهة التي هي المكان قوله: (**الأرش**) الأرش البدل وأصله دية الجراحة وما يجب فيها. قال القتيبي وابن الأنباري: سمي

ضرراً في تبعيض الصفقة عليه فلم يجز من غير رضاه. وإن اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيباً، فهل له أن يفرده بالرد؟ فيه قولان: أحدهما لا يجوز لأنه تبعيض صفقة على البائع فلم يجز من غير رضاه والثاني يجوز لأن العيب اختص بأحدهما فمجاز أن يفرده بالرد وإن ابتاع اثنان عبداً فأراد أحدهما أن يمسك حصته وأراد الآخر أن يرد حصته جاز لأن البائع فرق الملك في الإيجاب لهما فجاز أن يرد عليه أحدهما دون الآخر كما لو باع منهما في صفقتين، فإن مات من له الخيار انتقل إلى وارثه لأنه حق لازم يختص بالمبيع، فانتقل بالموت إلى الوارث كحبس المبيع إلى أن يحضر الثمن، فإن كان له وارثان فاختار أحدهما أن يرد نصيبه دون الآخر لم يجز لأنه تبعيض صفقة في الرد فلم يجز من غير رضا البائع كما لو أراد المشتري أن يرد بعض المبيع.

فصل: وإن وجد العيب وقد زاد المبيع نظرت؛ فإن كانت الزيادة لا تتميز كالسمن واختار الرد رد مع الزيادة لأنها لا تنفرد عن الأصل في الملك فلا يجوز أن ترد دونها، وإن كانت زيادة منفصلة كأكساب العبد، فله أن يرد ويمسك الكسب، لما روت عائشة رضي الله عنها أن رجلاً إبتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم به ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ ورد عليه فقال الرجل يا رسول الله **قد استغل غلامي** فقال رسول الله ﷺ «الخراج بالضمان»[1] وإن كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت أو شجرة فأثمرت عنده رد الأصل وأمسك الولد والثمرة لأنه نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يمسكه ويرد الأصل كغلة البعد، وإن كان المبيع جارية فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردها وأمسك الولد لما ذكرناه، ومن أصحابنا من قال: لا يرد الأم بل يرجع بالأرش، لأن التفريق بين الأم والولد فيما دون سبع سنين لا يجوز وهذا لا يصح لأن التفريق بينهما يجوز عند الضرورة ولهذا قال الشافعي رحمه الله في الجارية المرهونة، إنها تباع دون الولد فإن اشتراها وهي حامل فولدت عنده؛ فإن قلنا إن الحمل له حكم رد الجميع، وإن قلنا لا حكم للحمل رد الأم دون الولد، وإن كان المبيع جارية ثيباً فوطئها ثم علم بالعيب فله أن يردها لأنه انتفاع لا يتضمن نقصاً فلم يمنع الرد كالاستخدام، وإن وجد العيب وقد نقص المبيع نظرت، فإن كان النقص بمعنى لا يقف استعلام العيب على جنسه كوطء البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة لم يجز له الرد بالعيب، لأنه أخذه من البائع

أرشاً لأن المبتاع إذا وقف على العيب وقع بينه وبين البائع أرش أي خصومة. يقال أرشت بين القوم إذا ألقيت بينهم الشر وأغريت بعضهم ببعض، قوله: **(قد استغل غلامي)** إذا أخذ

---

(١) رواه أبو داود في كتاب البيوع باب ٧١. الترمذي في كتاب البيوع باب ٥٣. النسائي في كتاب البيوع باب ١٥. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٤٣. أحمد في مسنده (٦/ ٤٩).

وبه عيب فلا يجوز رده وبه عيبان من غير رضاه، وينتقل حقه إلى الأرش لأنه فات جزء من المبيع وتعذر الفسخ بالرد فوجب أن يرجع إلى بدل الجزء الفائت وهو الأرش، فإن قال البائع أنا آخذ المبيع مع العيب الحادث، لم يلزمه دفع الأرش لأنه لم يكن له غير الرد، وإن قال المشتري أرده وأعطى معه أرش العيب الحادث في يده فإذا رضي به صار كأنه لم يحدث عنده عيب فلم يكن له غير الرد، وإن قال المشتري أرده وأعطى معه أرش العيب الحادث عندي لم يلزم البائع قبوله، كما إذا حدث العيب به عند البائع فقال: خذه وأنا أعطيك معه أرش العيب لم يلزم المشتري قبوله.

فصل: فإذا أراد الرجوع بالأرش قوم المبيع بلا عيب فيقال قيمته مائة ثم يقوم مع العيب، فيقال قيمته تسعون فيعلم أنه قدنقص العشر من بدله فيرجع على البائع بعشر الثمن، ولا يرجع بما نقص من قيمته، لأن الأرش بدل عن الجزء الفائت، ولو فات المبيع كله رجع على البائع بجميع الثمن، فإذا فات قدر العشر منه رجع بعشر الثمن كالجزء لما ضمن جميعه بالدية ضمن الجزء منه بجزء من الدية، ولأنا لو قلنا إنه يرجع بما نقص من قيمته أدى إلى أن يجتمع الثمن والمثمن للمشتري فإنه قد يشتري ما يساوي مائة بعشرة، فإذا رجع بالعشرة رجع جميع الثمن إليه فيجتمع له الثمن والمثمن وهذا لا يجوز. وإن اختلفت قيمة المبيع من حال العقد إلى حال القبض قوم بأقل القيمتين، لأنه إن كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقص كان ما نقص في يده مضموناً عليه وما كان نقصانه من ضمانه فلا يجوز أن يقوم على البائع، وإن كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقص كان ما نقص في يده مضموناً عليه وما كان نقصانه من ضمانه فلا يجوز أن يقوم على البائع، وإن كانت قيمته وقت العقد أقل ثم زادت في يده فإنها زيادة حدثت في ملك المشتري لا حق للبائع فيها فلا يجوز إدخالها في التقويم. فإن كان المبيع إناء من فضة وزنه ألف وقيمته ألفان فكسره ثم علم به عيباً لم يجز له الرجوع بأرش العيب لأن ذلك رجوع بجزء من الثمن فيصير الألف بدون الألف وذلك لا يجوز فيفسخ البيع ويسترجع الثمن ثم يغرم أرش الكسر، وحكى أبو القاسم الداركي وجهاً آخر أنه يرجع بالأرش، لأن ما ظهر من الفضل في الرجوع بالأرش لا اعتبار به، والدليل عليه أنه يجوز الرجوع بالأرش في غير هذا، ولا يقال إن هذا لا يجوز لأنه يصير الثمن مجهولاً.

فصل: وإن وجد العيب وقد نقص المبيع بمعنى يقف استعلام العيب على جنسه بأن كان جوزاً أو بيضاً أو غير ذلك مما لا يقف على عيبه إلاّ بكسره فينظر فيه؛ فإن كسره فوجده لا قيمة للباقي **كالبيض المذر والرمان العفن** فالبيع باطل لأن مالا قيمة له لا يصح

كسبه بمنزلة غلة الأرض وهو الخراج أيضاً. ومعنى الخراج بالضمان أي أنه يستحق الكسب بما التزمه من ضمان العين لو هلكت، قوله: (**كالبيض المذر والرمان العفن**) مذرت البيضة

بيعه فيجب رد الثمن، فإن كان له قيمة كبيض النعامة والبطيخ الحامض وما دود بعضه من المأكول نظرت؛ فإن كسر منه قدراً لا يوقف على العيب بما دونه ففيه قولان: أحدهما أنه لا يرد وهو قول المزني، لأنه نقص حدث في يد المشتري فمنع الرد كقطيع الثوب، والثاني لا يمنع الرد لأنه معنى لا يوقف على العيب إلا به فلم يمنع الرد كنشر الثوب. فإن قلنا لا يرد رجع بأرش العيب على ما ذكرناه، وإن قلنا يرد فهل يلزمه أن يدفع معه أرش الكسر؟ فيه قولان: أحدهما يلزمه كما يلزمه بدل لبن الشاة المصراة. والثاني لا يلزمه لأن الكسر الذي يتوصل به إلى معرفة العيب مستحق له فلا يلزمه لأجله أرش، فإنا قلنا يلزمه الأرش قوم معيباً صحيحاً ومعيباً مكسوراً، ثم يرجع عليه بما بين القيمتين، لأنه لمارد انفسخ العقد فيه فصار **كالمقبوض بالسوم** والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة فضمن نقصانه بما نقص من القيمة، ويخالف الأرش مع بقاء العقد لأن المبيع مع بقاء العقد مضمون بالثمن فضمن نقصانه بجزء من الثمن. وإن كسر منه قدراً يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقان أحدهما: لا يجوز الرد قولاً واحداً، لأنه نقص حدث بمعنى لا يحتاج إليه لمعرفة العيب فمنع الرد كقلع الثوب. والثاني أنه على القولين لأنه يشق التمييز بين القدر الذي يحتاج إليه في معرفة العيب، وبين ما زاد عليه فسوي بين القليل والكثير.

فصل: وإن لم يعلم بالعيب حتى أبق العبد لم يطالب بالأرش لأنه لم ييأس من الرد، فإن رجع رده بالعيب، وإن هلك أخذ عنه الأرش فإن لم يعلم بالعيب حتى باعه لم يجز له المطالبة بالأرش، قال أبو إسحاق: العلة فيه أنه استدرك الظلامة فغبن كما غبن فزال عنه ضرر العيب، وقال أكثر أصحابنا العلة فيه أنه لم ييأس من الرد، لأنه قد يرجع إليه فيرد عليه، فإن رد المشتري الثاني بالعيب على المشتري الأول رده على البائع، لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة، وإن حدث عند الثاني عيب فرجع على الأول بالأرش رجع هو على بائعه لأنه أيس من الرد ولم يستدرك الظلامة وإن تلف في يد الثاني وقلنا بتعليل أبي إسحاق لم يرجع لأنه استدرك الظلامة، وإن قلنا بتعليل غيره رجع بالأرش لأنه قد أيس من الرد، وإن رجع المبيع إليه ببيع أو هبة أو إرث لم يرد على تعليل أبي إسحاق لأنه استدرك الظلامة، وعلى تعليل غيره يرد لأنه أمكنه الرد، فإن لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره فإن كان بعوض كالبيع وقد بيناه وإن وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرش، لأنه لم ييأس من الرد، فإن رجع إليه ببيع أو هبة أو إرث فله الرد بلا خلاف لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة.

فسدت، وكذا عفن إذا فسد وأنتن.. وعفن الخشب بلى من الماء قوله: **(كالمقبوض بالسوم)** هو المبايعة يقال ساومته سواماً، فاستام علي وتساومنا. وسمتك بعيراً سمة حسنة، وإنه لغالي

فصل: والعيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيباً فإن خفي منه شيء رجع فيه إلى أهل الخبر بذلك الجنس، فإن اشترى عبداً فوجده أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجذوماً أو أبرص أو مريضاً أو أبخر أو مقطوعاً **أوأقرع** أو زانياً أو سارقاً أو آبقاً ثبت له الرد لأن هذه عاهات يقتضي مطلق العقد السلامة منها فلا يلزمه العقد مع وجودها، وإن وجده يبول في الفراش فإن كان صغيراً لم يرد لأن بول الصغير معتاد فلا يعد عيباً، وإن كان كبيراً رد لأن ذلك عاهة ونقص، **وإن وجده خصياً** ثبت له الرد لأن العقد يقتضي سلامة الأعضاء وهذا ناقص، وإن وجده غير مختون فإن كان صغيراً لم يثبت له الرد لأنه لا يعد ذلك نقصاً في الصغير لأنه لا يخاف عليه منه، وإن كان كبيراً ثبت له الرد لأنه يعد نقصاً لأنه يخاف عليه منه، وإن كانت جارية لم ترد صغيرة كانت أو كبيرة لأن ختانها سليم لا يخاف عليها منه. وإن اشترى جارية فوجدها مغنية لم ترد لأنه لا تنقص به العين ولا القيمة فلم يعد ذلك عيباً **وإن وجدها ثيباً** أو مسنة لم يثبت له الرد لأن الثيوبة والكبر ليس بنقص، وإنما هو عدم فضيلة فإن وجد المملوك مرتداً أو وثنياً ثبت له الرد لأنه لا يقر على دينه، وإن وجده كتابياً لم يثبت له الرد لأن كفره لا ينقص من عينه ولا من ثمنه. وإن اشترى أمة فوجدها مزوجة أو عبداً فوجده مستأجراً ثبت له الرد لأن إطلاق البيع يقتضي سلامة المنافع للمشتري ولم يسلم له ذلك فثبت له الرد، وإن اشترى شيئاً فتبين أنه غبن في ثمنه لم يثبت له الرد لما روي أن حبان بن منقذ كان يخدع في البيع فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «إذا بعت فقل لا خلابة ولك الخيار ثلاثاً» ولم يثبت له خيار الغبن ولأن المبيع سليم ولم يوجد من جهة البائع تدليس وإنما فرط المشتري في ترك الاستظهار فلم يجز له الرد.

السمة، قوله: (**أقرع**) الأقرع الذي ذهب شعر رأسه من آفة ذكره الجوهري. وقال في فقه اللغة القلع ذهاب الشعر عن البشرة والقرع تقشر البشرة، قوله: (**وإن وجده خصياً**) الخصي مسلول الخصي. يقال خصية للواحدة وكذلك الخصية بالكسر. والخصيتان البيضتان والخصيان الجلدتان اللتان فيهما البيضتان وإذا ثنيت قلت خصيان لم تلحقه التاء، وكذلك الألية إذا ثنيت قلت الأليان لم تلحقه التاء وهما نادران. وخصيت الفحل خصاء ممدوداً إذا سللت خصيته يقال برئت إليك من الخصاء والواحد خصى والجمع خصيان وخصية وموضع القطع مخصي.

قوله: (**وإن وجدها ثيباً**) يقال امرأة ثيب ورجل ثيب الذكر والأنثى فيه سواء. قال ابن السكيت وذلك إذا كانت المرأة قد دخل بها الزوج والرجل قد دخل بامرأته ومنه تقول تثييت المرأة. وسميت الثيب ثيباً لأنها توطأ وطئاً بعد وطء مأخوذ من قوله مثابة للناس أي يرجعون

فصل: وإن اشترى عبداً بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن ثبت له الرد، لأنه أنقص مما شرط فجاز له الرد، وإن اشتراه على أنه فحل فوجده خصياً ثبت له الرد لأن الخصي أنقص من الفحل **في الخلقة والبطش** والقوة، وإن شرط أنه خصي فوجده فحلاً ثبت له الرد لأن الفحل دون الخصي في الثمن والدخول إلى الحرم، وإن اشتراه على أنه لا يثبت له الرد لأن المسلم أفضل من الكافر، وهذا لا يصح لأن المسلم أفضل في الدين، إلاّ أن الكافر أكثر ثمناً لأنه يرغب فيه المسلم والكافر والمسلم لا يشتريه الكافر. وإن اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيباً ثبت له الرد لأن الثيب دون البكر، وإن اشتراها على أنها ثيب فوجدها بكراً لم يثبت له الرد لأن البكر أفضل من الثيب، ومن أصحابنا من قال: يثبت له الرد لأنه قد يكون ضعيفاً لا يطيق وطء البكر فكانت الثيب أحب إليه والمذهب الأول لأنه لااعتبار بما عنده وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن والبكر أفضل من الثيب في الثمن. وإن باعه حيواناً على أنه بغل فوجده حماراً أو على أنه حمار فوجده بغلاً ففيه وجهان: أحدهما أن البيع صحيح لأن العقد وقع على العين والعين موجودة فصح البيع وثبت له الرد لأنه لم يجده على ما شرط، والثاني أن البيع باطل لأن العقد وقع على جنس فلا ينعقد في جنس آخر، وإن اشترى ثوباً أو أرضاً على أنه عشرة أذرع فوجده تسعة فهو بالخيار بين أن يأخذه بجميع الثمن وبين أن يرده لأنه دخل في العقد على أن تسلم له العشرة ولم تسلم له فثبت له الخيار كما لو وجد بالمبيع عيباً. وإن وجده أحد عشر ذراعاً ففيه وجهان: أحدهما أن البائع بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يسلمه بالثمن، ويجبر المشتري على قوله كما أجبرنا البائع إذا كان دون العشرة، والثاني أن البيع باطل لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم ما زاد على عشرة، ولا إجبار المشتري على الرضا بما دون الثوب والساحة من الأرض، لأنه لم يرض بالشركة والتبعيض فوجب أن يبطل العقد، فإن اشترى صبرة على أنها مائة قفيز فوجدها دون المائة فهو بالخيار بين أن يفسخ، لأنه لم يسلم له ما شرط وبين أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن لأنه يمكن قسمة الثمن على الأجزاء لتساويها في القيمة ويخالف الثوب والأرض لأن أجزاءها مختلفة فلا يمكن قسمة الثمن على أجزائه لأنا لا نعلم كم قيمة الذراع لو كانت موجودة لنسقطها من الثمن، وإن وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز أخذ المائة بالثمن وترك الزيادة لأنه يمكن أخذ ما عقد عليه من غير إضرار.

فصل: وإن باع عبداً جانياً ففيه قولان: أحدهما أن البيع صحيح وهو اختيار المزني لأنه إن كانت الجناية عمداً فهو عبد تعلق برقبته قتل فصح بيعه كالعبد المرتد أو يخشى

إليه مرة بعد أخرى، قوله: **(في الخلقة والبطش)** البطش الأخذ بالقوة والعنف.

هلاكه وترجى سلامته فجاز بيعه كالمريض، وإن كان خطأً فلأنه عبد تعلق برقبته حق بغير اختياره فلا يمنع من بيعه، والقول الثاني أن البيع باطل لأنه عبد تعلق برقبته دين آدمي فلا يصح بيعه كالمرهون وفي موضع القولين ثلاث طرق: أحدها أن القولين في العمد والخطأ لأن القصاص حق آدمي فهو كالمال ولأنه يسقط إلى مال بالعفو فكان كالمال، والثاني أن القولين في جناية لا توجب القصاص فأما فيما توجب القصاص فلا تمنع البيع قولاً واحداً لأنه كالمرتد، والثالث أن القولين فيما وجب القصاص، فأما فيما يوجب لامال فلا يجوز قولاً واحداً لأنه كالمرهون، فإذا قلنا إن البيع صحيح في قتل العمد فقتل العبد في يد المشتري ففيه وجهان: قال أبو العباس وأبو علي بن أبي هريرة: إن علم المشتري بالجناية في حال العقد لم يرجع عليه بالأرش، وإن لم يعلم رجع بأرش العيب لأن تعلق القتل برقبته كالعيب لأنه ترجى سلامته ويخشى هلاكه فهو كالمريض. وإذا اشترى المريض ومات وكان قد علم بمرضه لم يرجع بالأرش، وإن لم يعلم رجع فكذلك ههنا فعلى هذا إذا لم يعلم بحاله وقتل قوم وهو جان وقوم غير جان فيرجع بما بينهم من الثمن، وقال أبو إسحاق وجود القتل بمنزلة الاستحقاق، وهو المنصوص فإذا قتل انفسخ البيع ورجع بالثمن على البائع علم بالجناية حال العقد أو لم يعلم لأنه أزيلت يده عن الرقبة بسبب كان في يد البائع فأشبه إذا استحق ويخالف المريض فإنه لم يمت بالمريض الذي كان في يد البائع، وإنما مات بزيادة مرض حدث في يد المشتري فلم يرجع بجميع الثمن. وإن اشترى عبداً مرتداً فقتل في يده ففيه وجهان: في قول أبي إسحاق ينفسخ البيع ويرجع بالثمن، وعلى قول أبي العباس وأبي علي بن أبي هريرة إن كان قد علم بالردة لم يرجع بالأرش وإن لم يعلم رجع بالأرش ووجههما ما ذكرناه في الجاني عمداً، وإن قتل العبد في المحاربة وانحتم قتله فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمه الله في التعليق أن البيع باطل لأنه لا منفعة فيه لأنه مستحق القتل فلا يصح بيعه كالحشرات، وقال شيخنا القاضي أبو الطيب يصح بيعه لأن فيه منفعة وهو أن يعتقه فصح بيعه كالزمن فعلى هذا إذا قتل في يد المشتري فحكمه حكم القاتل عمداً في غير المحاربة وقد بيناه.

فصل: إذا باع عيناً بشرط البراءة من العيب ففيه طريقان: أحدهما وهو قول أبي سعيد الأسطخري أن **المسألة** على ثلاثة أقوال: أحدها أنه يبرأ من كل عيب لأنه عيب رضي به المشتري فبرئ منه البائع ما لو أوقفه عليه، والثاني لا يبرأ من شيء من العيوب لأنه شرط يرتفق به أحد المبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول والرهن المجهول، والثالث أنه لا يبرأ إلاّ من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لا

. . . .

يعلم به البائع لما روى سالم أن أباه باع غلاماً بثمانمائة بالبراءة من كل آفة فوجد الرجل به عيباً فخاصمه إلى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر: احلف لقد بعته وما به داء تعلمه، فأبى ابن عمر أن يحلف وقبل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة فدل على أنه يبرأ مما لم يعلم ولا يبرأ مما علمه. قال الشافعي رحمه الله: ولأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يغتذي بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفي فدعت الحاجة إلى التبرئ من العيب الباطن فيه لأنه لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان فلم يجز التبري منه مع الجهالة. والطريق الثاني أن المسألة على قول واحد وهو أنه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره، وتأول هذا القائل ما أشار إليه الشافعي من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك غن غيره ولم يختره لنفسه. فإن قلنا إن الشرط باطل فهل يبطل البيع فيه وجهان: أحدهما لا يبطل البيع ويرد المبيع لحديث عثمان رضي الله عنه فإنه أمضى البيع، والثاني أنه يبطل البيع لأن هذا الشرط يقتضي جزءاً من الثمن تركه البائع لأجل الشرط، فإذا سقط وجب أن يرد الجزء الذي تركه بسبب الشرط وذلك مجهول، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولاً فيصير الثمن مجهولاً ففسد العقد، والله أعلم.

باب بيع المرابحة

من اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه لقوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم» ويجوز أن يبيعها مرابحة وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح بأن يقول ثمنها مائة، وقد بعتكها برأس مالها، وربح درهم في كل عشرة، لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه كان **لا يرى بأساً بده يازده وده دواز ده**، ولأنه ثمن معلوم فجاز البيع به كما لو قال بعتك بمائة وعشرة ويجوز أن يبيعها مواضعة بأن يقول رأس مالها مائة وقد بعتك برأس مالها **ووضع درهم** من كل عشرة لأنه ثمن معلوم فجاز البيع به كما لو قال بعتك بمائة إلا عشرة ويجوز أن يبيع بعضه مرابحة فإن كان مما لا تختلف أجزاؤه كالطعام والعبد والواحد قسم الثمن على أجزائه وباع ما يريد بيعه منه بحصته، وإن كان مما يختلف كالثوبين والعبدين قومهما وقسم الثمن عليهما على قدر

ومن باب بيع المرابحة

قوله: **(لا يرى بأساً بده يازده وده دواز ده)** ده عشرة بالفارسية ويازده أحد عشر ودوازده اثنا عشر أي لا يرى بأساً أن يبيع ماشتراه بعشرة بأحد عشرة أو باثني عشر قوله: **(ووضع درهم)** أي حط درهم يقال وضع له في البيع من الثمن أي حط عنه قوله: **(وشقصاً)** الشقص القطعة

قيمتهما، ثم باع ما شاء منهما بحصته من الثمن لأن الثمن ينقسم على المبيعين على قدر قيمتهما ولهذا لو اشترى سيفاً **وشقصاً** بألف قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ثم أخذ الشفيع الشقص بما يخصه من الثمن على قدر قيمته.

فصل: ولا يخبر إلا بالثمن الذي لزم به البيع، فإن اشترى بثمن ثم حط البائع عنه بعضه أو ألحق به زيادة نظرت؛ فإن كان بعد لزوم العقد لم يلحق ذلك بالعقد ولم يحط في بيع المرابحة ما حط عنه ولا يخبر بالزيادة فيما زاد لأن البيع استقر بالثمن الأول فالحط والزيادة تبرع لا يقابله عوض فلم يتغير به الثمن، وإن كان ذلك في مدة الخيار لحق بالعقد، وجعل الثمن ما تقرر بعد الحط والزيادة، وقال أبو علي الطبري: إن قلنا إن المبيع ينتقل بنفس العقد لم يلحق به لأن المبيع قد ملكه بالثمن الأول فلم يتغير بما بعده والمذهب الأول لأنه وإن كان قد انتقل المبيع إلاّ أن البيع لم يستقر فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به. وإن اشترى ثوباً بعشرة وقصره بدرهم ورفاه بدرهم وطرزه بدرهم قال هو علي بثلاثة عشر أو قام علي بثلاثة عشر، وما أشبه ذلك، ولا يقول اشتريت بثلاثة عشر، ولا يقول ثمنه ثلاثة عشر، لأن ذلك كذب، وإن قال رأس مالي ثلاثة عشر ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز أن يقول لأن رأس المال هو الثمن والثمن عشرة، والثاني يجوز لأن رأس المال ما وزن فيه وقد وزن فيه ثلاثة عشر، وإن عمل فيه ذلك بيده قال اشتريته بعشرة، وعملت فيه ما يساوي ثلاثة، ولا يقول هو علي بثلاثة عشر، لأن عمله لنفسه لا أجرة له ولا يتقوم عليه. وإن اشترى عيناً بمائة ووجد بها عيباً وحدث عنده عيب آخر، فرجع بالأرش وهو عشرة دراهم، قال هي علي بتسعين أو تقوم علي بتسعين ولا يجوز أن يقول الثمن مائة لأن الرجوع بالأرش استرجاع جزء من الثمن فخرج عن أن يكون الثمن مائة ولا يقول اشتريتها بتسعين لأنه كذب، وإن كان المبيع عبداً فجنى ففداه بأرش الجناية لم يضف ما فداه به إلى الثمن لأن الفداء جعل لاستبقاء الملك فلم يضف إلى الثمن كعلف البهيمة. وإن جنى عليه فأخذ الأرش ففيه وجهان: أحدهما أنه لا يحط من الثمن قدر الأرش لأنه كما لا يضيق ما فدى به الجناية إلى الثمن لا يحط ما أخذ عن أرش الجناية عن الثمن، والثاني أنه يحط لأنه عوض عن جزء تناوله البيع فحط من الثمن كأرش العيب، وإن حدثت من العين فوائد في ملكه كالولد واللبن والثمرة لم يحط ذلك من الثمن لأن العقد لم يتناوله، وإن أخذ ثمرة كانت موجودة عند العقد أو لبناً كان موجوداً حال العقد حط من الثمن لأن العقد تناوله وقابله قسط من الثمن فأسقط ما قابله. وإن أخذ ولداً كان موجوداً حال العقد، فإن قلنا إن الحمل له حكم فهو كاللبن والثمرة،

من الأرض والطائفة من الشيء وأصله الجزء والنصيب. والسهم مأخوذ من المشقص وهو من النصال ما طال وعرض وفي الحديث «من باع الخمر فليشقص الخنازير» أي فليعضها عضاء كما

وإن قلنا لا حكم له لم يحط من الثمن شيئاً. وإن ابتاع بثمن مؤجل لم يخبر بثمن مطلق لأن الأجل يأخذ جزءاً من الثمن فإن باعه مرابحة ولم يخبره بالأجل ثم علم المشتري بذلك ثبت له الخيار لأنه دلس عليه بما يأخذ جزءاً من الثمن فثبت له الخيار كما لو باعه شيئاً وبه عيب ولم يعلمه بعيبه، وإن اشترى شيئاً بعشرة وباعه بخمسة ثم اشتراه بعشرة أخبر بعشرة ولا يضم ما خسر فيه إلى الثمن، فإن اشترى بعشرة وباع بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة أخبر بعشرة ولا يحط ما ربح من الثمن لأن الثمن ما ابتاع به في العقد الذي هو مالك به وذلك عشرة وإن اشترى بعشرة ثم **واطأ غلامه** فباع منه ثم اشتراه منه بعشرين ليخبر بما اشتراه من الغلام كره ما فعله لأنه لو صرح بذلك في العقد فسد العقد فإذا قصده كره، فإن أخبر بالعشرين في بيع المرابحة جاز لأن بيعه من الغلام كبيعه من الأجنبي في الصحة فجاز أن يخبر بما اشترى به منه فإن علم بذلك المشتري لم يثبت له الخيار لأن شراءه بعشرين صحيح.

فصل: إذا قال رأس المال مائة وقد بعتكه برأس المال وربح درهم في كل عشرة أو بربح ده يازده فالثمن مائة وعشرة، وإن قال بعتك برأس المال ووضع ده يازده فالثمن أحد وتسعون درهماً إلاّ جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم لأن معناه بعتك بمائة على أن أضع درهاً من كل أحد عشر درهماً فسقط من تسعة وتسعين درهماً لأنها تسع مرات أحد عشر ويبقى من رأس المال درهم فيسقط منه جزء من أحد عشر جزءاً فيكون الباقي أحداً وتسعين درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم. وإن قال: بعتك على وضع درهم من كل عشرة ففي الثمن وجهان: أحدهما أن الثمن أحد وتسعون درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني رحمه الله، والثاني أن الثمن تسعون درهماً وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري رحمه الله وهو الصحيح لأن المائة عشرة مرات عشرة، فإذا وضع من كل عشرة درهماً بقي تسعون.

فصل: إذا أخبر أن رأس المال مائة وباع على ربح درهم في كل عشرة ثم قال أخطأت أو قامت البينة أن الثمن كان تسعين فالبيع صحيح، وحكى القاضي أبو حامد وجهاً آخر أن البيع باطل، لأنه بان أن الثمن كان تسعين وأن ربحها تسعة هذا كان مجهولاً حال العقد فكان العقد باطلاً والمذهب الأول لأن البيع عقد على ثمن معلوم وإنما سقط بعضه بالتدليس وسقوط بعض الثمن لا يفسد البيع كسقوط بعض الثمن بالرجوع بأرش العيب، وأما الثمن الذي يأخذه به ففيه قولان: أحدهما أنه مائة وعشرة لأن المسمى في

يعضى الشاة إذا بيعت والمعنى من استحل بيع الخمر فليستحل بيع الخنزير لأنهما في التحريم سواء قوله: **(واطأ غلامه)** أي وافقه يقال واطأته على الأمر مواطأة إذا وافقته من الوفاق، قوله:

العقد مائة وعشرة فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شيء كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به عيباً، والثاني أن الثمن تسعة وتسعون وهو الصحيح، لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول فإذا أخبر بزيادة وجب حط الزيادة **كالشفعة والتولية** ويخالف العيب فإن هناك الثمن هو المسمى في العقد وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة. فإن قلنا إن الثمن مائة وعشرة فهو بالخيار بين أن يمسك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار، وإن قلنا إن الثمن تسعة وتسعون فهل يثبت له الخيار؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان: أحدهما أن له الخيار لأنه إن كان قد أخطأ في الخبر الأول لم يأمن أن يكون قد أخطأ في الثاني وأن لا ثمن غيره وإن كان قد خان في الأول فلا يأمن أن يكون قد خان في الثاني فثبت له الخيار. والقول الثاني وهو الصحيح أنه لا خيار له لأن الخيار إنما يثبت لنقص وضرر وهذا زيادة ونفع لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة وقد رجع إلى تسعة وتسعين فلا وجه للخيار، ومنهم من قال إن ثبتت الخيانة بإقرار البائع لزم المشتري تسعة وتسعون ولا خيار له، وإن ثبتت بالبينة فهل له الخيار أم لا فيه قولان لأنه إذا ثبتت بالإقرار دل على أمانته فلم يهتم في خيانة أخرى وإذا ثبتت بالبينة كان متهماً في خيانة أخرى فثبت له الخيار قال أصحابنا: القولان إذا كانت العين باقية، فأما إذا تلفت العين فإنه يلزم البيع بتسعة وتسعين قولاً واحداً لأنا لو جوزنا له فسخ البيع مع تلف العين، رفعنا الضرر عنه وألحقناه بالبائع والضرر لا يزال بالضرر، ولهذا لو هلك المبيع عنده ثم علم به عيباً لم يملك الفسخ، فإن قلنا لا خيار له أو قلنا له الخيار فاختار البيع، فهل يثبت للبائع الخيار؟ فيه وجهان: أحدهما يثبت له الخيار لأنه لم يرض إلا بالثمن المسمى وهومائة وعشرة ولم يسلم له ذلك والثاني لا خيار له لأنه رضي برأس المال وربحه وقد حصل له ذلك.

فصل: وإن أخبر أن الثمن مائة وربحه عشرة ثم قال أخطأت والثمن مائة وعشرة لم يقبل قوله لأنه رجوع عن إقرار متعلق به حق آدمي فلم يقبل كما لو أقر له بدين وإن قال لي بينة على ذلك لم تسمع لأنه كذب بالإقرار السابق بينته فلم تقبل، فإن قال أحلفوا لي المشتري أنه لا يعلم أن الثمن مائة وعشرة ففيه طريقان: أحدهما أنه إن قال ابتعته بنفسي لم يحلف المشتري لأن إقراره يكذبه، وإن قال إبتاعه وكيل لي فظننت أنه ابتاع بمائة وقد بان لي أنه ابتاع بمائة وعشرة حلف لأنه الآن لا يكذبه إقراره، والثاني أنه يبني على القولين في يمين المدعي مع نكول المدعي عليه. فإن قلنا إنه كالبينة لم يعرض اليمين

(كالشفعة والتولية) التولية بيع برأس المال وهو من الموالاة والمتابعة كأنه يبيع المشتري الأول

لأنه إذا نكل حصلنا على بينة والبينة لا تسمع وإن قلنا إنه كالإقرار عرضنا اليمين لأنه إذا نكل حصلنا على الإقرار وإقراره مقبول.

باب النجش والبيع على بيع أخيه وبيع الحاضر للبادي وتلقي الركبان والتسعير والاحتكار

ويحرم النجش وهو أن يزيد في الثمن ليغر غيره والدليل عليه ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن النجش ولأنه خديعة مكر، فإن اغتر الرجل بمن ينجش فابتاع فالبيع صحيح لأن النهي لا يعود إلى البيع فلم يمنع صحته كالبيع في حال النداء، فإن علم المبتاع بذلك نظرت؛ فإن لم يكن للبائع فيه صنع لم يكن للمبتاع الخيار لأنه ليس من جهة البائع تدليس، وإن كان النجش بمواطأة من البائع ففيه قولان: أحدهما أن له الخيار بين الإمساك والرد لأنه دلس عليه فثبت له الرد كما لو دلس عليه بعيب، والثاني لا خيار له لأن المشتري فرط في ترك التأمل وترك التفويض إلى من يعرف ثمن المتاع.

فصل: ويحرم أن يبيع على بيع أخيه وهو أن يجيء إلى من اشترى شيئاً في مدة الخيار فيقول افسخ فإني أبيعك أجود منه بهذا الثمن، أو أبيعك مثله بدون هذا الثمن لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «لا يبع الرجل على بيع أخيه»[1] ولأن في هذا إفساداً وإنجاشاً فلم يحل فإن قبل منه وفسخ البيع واشترى منه صح البيع لما ذكرناه في النجش.

فصل: ويحرم أن يدخل على سوم أخيه وهو أن يجيء إلى رجل أنعم لغيره في بيع سلعة بثمن فيزيده ليبيع منه أو يجيء إلى المشتري فيعرض عليه مثل السعلة بدون ثمنها أو أجود منها بذلك الثمن لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يخطب

ويواليه في البيع بمثل الثمن قوله: (نكل) أي جبن وامتنع مأخوذ من النكل وهو القيد لأنه يمنع المحبوس من التصرف قال الله تعالى ﴿إن لدينا أنكالاً﴾[المزمل: ١٢] يقال نكل عن العدو واليمين ينكل بالضم إذا جبن. وقال أبو عبيد نكل بالكسر لغة فيه.

ومن باب النجش

النجش كشف الشيء وإثارته يقال نجشت الشيء أنجشه نجشاً أي سترته. والناجش الذي يحوش الصيد. والنجش أن تزيد في البيع ليقع غيرك وليس من حاجتك وفي الحديث «لا تناجشوا» وقال الشاعر:

---

(١) رواه البخاري في كتاب البيوع باب ٥٨، ٦٤. مسلم في كتاب البيوع حديث ٧، ٨. أبو داود في كتاب النكاح باب ١٧. الترمذي في كتاب البيوع باب ٥٧ ابن ماجه في كتاب التجارت باب ١٣. الدارمي في كتاب البيوع باب ١٧، ٣٣. الموطأ في كتاب البيوع حديث ٩٥، ٩٦.

الرجل **على خطبة أخيه** ولا يسم على سوم أخيه»[١] ولأن في هذا إفساداً وإنجاشاً فلم يحل، فأما إذا جاء إليه فطلب منه متاعاً فلم ينعم له جاز لغيره أن يطلبه لأنه لم يدخل على سومه، وإن طلبه منه فسكت ولم يظهر منه رد ولا إجابة ففيه قولان: أحدهما يحرم، والثاني لا يحرم كالقولين في الخطبة على خطبة أخيه، وأما إذا عرضت السلعة في النداء جاز لمن شاء أن يطلبها ويزيد في ثمنها لما روى أنس رضي الله عنه عن رجل من الأنصار أنه **أصابه جهد** شديد هو وأهل بيته فأتى رسول الله ﷺ وذكر ذلك له فقال: «ما عندي شيء إذهب فأتني بما كان عندك» فذهب فجاء بحلس وقدح فقال: يا رسول الله هذا الحلس والقدح فقال: «من يشتري هذا **الحلس والقدح**» فقال رجل أنا آخذهما بدرهم فقال: «من يزيد على درهم»؟ فسكت القوم قال: من يزيد على درهم؟ فقال رجل أنا آخذهما بدرهمين. فقال: «هما لك ثم قال» ثم قال: إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة: لذي دم موجع **أو فقر مدقع، أو غرم مفظع**»[٢]. ولأن في النداء لا يقصد رجلاً بعينه فلا يؤدي إلى النجش والإفساد.

فصل: ويحرم أن يبيع **حاضر لباد** وهو أن يقدم رجل **ومعه متاع** يريد بيعه ويحتاج الناس إليه في البلد، فإذا باع اتسع وإذا لم يبع ضاق فيجيء إليه سمسار، فيقول لا تبع

وأجـرد سـاط كـشـاة الأران ريـع فـعـى عـلـى الـنـاجـش

قوله: (كالبيع في حال النداء) يعني به ههنا الأذان والنداء على السلعة في البيع أيضاً. وهو قوله عرضت السلعة في النداء قوله: (**على خطبة أخيه**) يقال خطب المرأة خطبة بالكسر إذا طلب نكاحها. والخطب الرجل الذي يخطب المرأة. ويقال أيضاً هي خطبة بالكسر قوله: (**أصابه جهد**) وهي حاجة وفقر وشدة وقد ذكر في الاستسقاء قوله: (**حلس وقدح**) الحلس للبعير كساء رقيق يكون تحت البرذعة. وأحلاس البيوت ما يبسط تحت الثياب. وفي الحديث: «كن حلس بيتك» وقولهم نحن أحلاس الخيل أي نقتنيها ونلزم ظهورها قوله: (**أو فقر مدقع**) أي شديد يفضي بصاحبه إلى الدقعاء وهي التراب. وقال ابن الأعرابي الدقع سوء احتمال الفقر، ويقال دقع الرجل بالكسر أي لصق بالتراب ذلاً قوله: (**غرم مفظع**) المفظع والفظيع العظيم من كل شيء يقال فظع الأمر بالضم فظاعة، فهو فظيع أي شديد شنيع جاوز المقدار، وأفظع الأمر فهو مفظع قوله: (**حاضر لباد**) الحاضر الذي يسكن المدن والقرى والبادي بغير همز الذي يسكن البادية قوله: (**ومعه متاع**) كل ما يتجر فيه يطلق عليه اسم

---

(١) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ٤٥. مسلم في كتاب النكاح باب ٣٨. الترمذي في كتاب النكاح باب ٣٨. ابن ماجه في كتاب النكاح باب ١٠. الموطأ في كتاب النكاح حديث ١، ٢.

(٢) رواه أبو داود في كتاب الزكاة باب ٢٦. الترمذي في كتاب الزكاة باب ٢٣. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٢٥. أحمد في مسنده (٣/ ١١٤، ١٢٧).

حتى أبيع لك قليلاً قليلاً وأزيد في ثمنها، لما روى ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يبع حاضر لباد[١]» قلت ما لا يبع حاضر لباد قال **لا يكون له سمساراً**. وروى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ «لا يبع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض». فإن خالف وباع له صح البيع لما ذكرناه في النجش، فإن كان البلد كبيراً لا يضيق على أهله بترك البيع ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز للخبر، والثاني يجوز لأن المنع لخوف الأضرار بالناس ولا ضرر ههنا.

فصل: ويحرم تلقي الركبان وهو أن يتلقى **القافلة** ويخبرهم **بكساد** ما معهم من المتاع ليغبنهم لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق، ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل، فإن خالف واشترى صح البيع لما ذكرناه في النجش فإن دخلوا البلد فبان لهم الغبن كان لهم الخيار، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تلقوا الجلب فمن تلقاها واشترى منهم فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق»[٢] ولأنه غرهم ودلس عليهم فثبت لهم الخيار كما لو دلس عليهم بعيب. وإن بان لهم أنه لم يغبنهم ففيه وجهان: أحدهما أن لهم الخيار للخبر، والثاني لا خيار لهم لأنه ماغر ولا دلس وإن خرج إلى خارج البلد لحاجة غير التلقي فرأى القافلة فهل يجوز أن يبتاع منهم فيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه لم يقصد التلقي، والثاني لا يجوز لأن المنع من التلقي للبيع وهذا المعنى موجود وإن لم يقصد التلقي فلم يجز.

المتاع وأصله ما ينتفع به ويتبلغ قوله: (**لا يكون له سمساراً**) السمسرة البيع والشراء، ويقال للمتوسط بين البائع والمشتري سمسار. قال الأعشى:

فعشنا زماناً وما بيننا رسولٌ يحدثُ أخبارها
فأصبحت لا أستطيعُ الجواب سوى أن أراجع سمسارها

يريد السفير بينهما وهو الذي قصده في الكتاب قوله: (**بكساد**) كسد الشيء كساداً فهو كاسد إذا لم يبع ولم يسأل عنه، وكذلك سوق كاسدة. والسلعة الشيء الذي يتجر فيه من أي شيء كان. لا تلقوا الجلب يعني أن يستقبلهم فيبتاع منهم قبل أن يعرفوا الأسعار. والجلب بالتحريك والإجلاب الذين يجتلبون الإبل والغنم والعبيد للبيع ويقال لمن أتى بشيء سواه جالب والجالب مرزوق من هذا. والمحتكر حكر الطعام جمعه وحبسه يتربص به الغلاء وهي الحكرة بالضم، قوله: (**القافلة**) هم المسافرون الذين قفلوا أي رجعوا ثم كثر حتى سمي

---

(١) رواه البخاري في كتاب البيوع باب٥٨. مسلم في كتاب البيوع حديث ١١. أبو داود في كتاب البيوع باب ٤٥. النسائي في كتاب البيوع باب ١٦.الموطأ في كتاب البيوع حديث ٩٦.

(٢) رواه ابن ماجه في كتاب التجارات باب ١٦. أحمد في مسنده (٢/ ٢٨٤).

فصل: ولا يحل للسلطان **التسعير** لما روى أنس رضي الله عنه قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقال الناس: يا رسول الله سعر لنا. فقال عليه الصلاة والسلام: «إن الله هو القابض والباسط والرازق والمسعر وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يطالبني بمظلمة في نفس ولا مال»[١].

فصل: ويحرم الاحتكار في الأقوات وهو أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه، ومن أصحابنا من قال: يكره ولا يحرم وليس بشيء لما روى عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون» وروى معمر العدوي قال: قال رسول الله ﷺ: لا يحتكر إلا خاطيء»[٢] فدل على أنه حرام، فأما إذا ابتاع في وقت الرخص أو جاءه من **ضيعته** طعام فأمسكه ليبيعه إذا غلا فلا يحرم ذلك لأنه في معنى الجالب، وقد روى عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»[٣] وروى أبو الزناد قال: قلت لسعيد بن المسيب: بلغني عنك أنك قلت إن رسول الله ﷺ قال لا يحتكر بالمدينة إلا خاطيء، وأنت تحتكر! قال: ليس هذا الذي قال رسول الله ﷺ إنما قال رسول الله ﷺ أن يأتي الرجل السلعة عند غلائها فيغالي بها فاما أن يأتي الشيء وقد **اتضع** فيشتريه ثم يضعه فإن احتاج الناس إليه أخرجه فذلك خير. وأما غير **الأقوات** فيجوز إحتكاره لما روى أبو أمامة رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ أن يحتكر الطعام فدل على أن غيره يجوز ولأنه لا ضرر في احتكار غير الأقوات فلم يمنع منه.

الذاهب أيضاً قافلاً قوله: **(التسعير)** يقال أسعر أهل السوق وسعروا إذا اتفقوا على سعر وهو من سعر النار إذا رفعها لأن السعر يوصف بالارتفاع ذكره الزمخشري قوله: **(من ضيعته)** الضيعة العقار والجمع ضياع وهي المزارع والأرضون، وتصغيره ضييعة ولا يقال ضويعة قوله: **(اتضع)** أي كسد قال اليزيدي يقال وضع الرجل في تجارته وأوضع على ما لم يسم فاعله. ويقال وضعت في تجارتك وأنت موضوع فيها قوله: **(الأقوات)** جمع قوت وهو ما يقوم به بدن الإنسان من الطعام يقال ما عنده قوت ليلة وقيت ليلة. وقيت أصله قوت لما كسرت القاف صارت الواو ياء.

---

(١) رواه الترمذي في كتاب البيوع باب ٧٣. أبو داود في كتاب البيوع باب ٤٩. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٢٧. أحمد في مسنده (٢/ ٣٣٧).

(٢) رواه ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٦. الدارمي في كتاب البيوع باب ١٢.

(٣) رواه مسلم في كتاب المساقاة حديث ١٢٩، ١٣٠. أبو داود في كتاب البيوع باب ٤٧. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٦. أحمد في مسنده (٣/ ٤٥٣).

باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبـيع

إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن ولم تكن بينة تحالفا لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لو أن الناس أعطو بدعاويهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه»(١) فجعل اليمين على المدعى عليه والبائع مدعى عليه بيع بألف والمشتري مدعى عليه بيع بألفين فوجب أن يكون على كل واحد منهما اليمين لأن كل واحد منهما مدعى عليه ولا بينة فتحالفا كما لو ادعى رجل على رجل ديناراً وادعى الآخر على المدعى درهماً.

فصل: قال الشافعي رحمه الله في البيوع يبدأ بيمين البائع، وقال في الصداق إذا اختلف الزوجان يبدأ بيمين الزوج كالمشتري، وقال في الدعوى والبينات إن بدأ بالبائع خير المشتري وإن بدأ بالمشتري خير البائع، وهذا يدل على أنه مخير بين أن يبدأ بالبائع وبين أن يبدأ بالمشتري، فمن أصحابنا من قال فيها ثلاثة أقوال: أحدهما يبدأ بالمشتري **لأن جنبته أقوى** لأن المبيع على ملكه فكان بالبداية أولى، والثاني يبدأ بمن شاء منهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر في الدعوى فتساويا كما لو تداعيا شيئاً في يديهما، والثالث أنه يبدأ بالبائع وهو الصحيح لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: إذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع والمبتاع بالخيار»(٢) فبدأ بالبائع ثم خير المبتاع ولأن جنبته أقوى لأنه إذا تحالفا رجع المبيع إليه فكانت البداية به أولى ومن أصحابنا من قال هي على قول واحد أنه يبدأ بالبائع ويخالف الزوج في الصداق لأن جنبته أقوى من جنبة الزوجة لأن البضع بعد التحالف على ملك الزوج فكان بالتقديم أولى وها هنا جنبة البائع أقوى لأن المبيع بعد التحالف على ملك موضع اجتهاد فقال إن حلف الحاكم البائع باجتهاده خير المشتري وإن حلف المشتري خير البائع.

فصل: ويجب أن يجمع كل واحد منهما في اليمين بين النفي والإثبات لأنه يدعي عقداً وينكر عقداً فوجب أن يحلف عليهما، ويجب أن يقدم النفي على الإثبات. وقال أبو

باب اختلاف المتبايعين

قوله: **(لأن جنبته أقوى)** الجنبة الجانب يقال فلان لا يطور بجنبتنا أي لا يأتينا قوله:

---

(١) رواه البخاري في كتاب تفسير سورة آل عمران باب ٣. مسلم في كتاب الأقضية حديث ١. النسائي في كتاب القضاة باب ٣٦. ابن ماجه في كتاب الأحكام باب ٧.

(٢) رواه الترمذي في كتاب البيوع باب ٤٣. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ١٩. الدارمي في كتاب البيوع باب ١٦. الموطأ في كتاب البيوع حديث ٨٠.

سعيد الإصطخري: يقدم الإثبات على النفي كما قدمنا الإثبات على النفي في اللعان والمذهب الأول لأن الأصل في اليمين أن يبدأ بالنفي وهي يمين المدعي عليه فوجب أن يبدأ ههنا أيضاً بالنفي ويخالف اللعان فإنه لا أصل له في البداية بالنفي. وهل تجمع بين النفي والإثبات بيمين واحدة أم لا؟ فيه وجهان: أحدهما يجمع بينهما بيمين واحدة وهو المنصوص في الأم لأنه أقرب إلى فصل القضاء فعلى هذا يحلف البائع إنه لم يبع بألف ولقد باع بألفين ويحلف المشتري ما إنه اشترى بألفين ولقد اشترى بألف، فإن نكل المشتري قضى للبائع، وإن حلف فقد تحالفا. والثاني أنه يفرد النفي بيمين والإثبات بيمين لأنه دعوى عقد وإنكار عقد فافتقر إلى يمينين، ولأنا إذا جمعنا بينهما بيمين واحدة حلفنا البائع على الإثبات قبل نكول المشتري عن يمين النفي وذلك لا يجوز، فعلى هذا يحلف البائع أنه ما باع بألفين فإن **نكل** المشتري حلف البائع أنه باع بألفين وقضى له فإن حلف المشتري حلف البائع أنه باع بألفين ثم يحلف المشتري أنه ابتاع بألف فإن نكل قضى للبائع وإن حلف فقد تحالفا.

فصل: وإذا تحالفا وجب فسخ البيع لأنه لا يمكن إمضاء العقد مع التحالف، وهل ينفسخ بنفس التحالف أم لا؟ فيه وجهان: أحدهما أنه ينفسخ بنفس التحالف كما ينفسخ النكاح في اللعان بنفس التحالف، ولأن بالتحالف صار الثمن مجهولاً والبيع لا يثبت مع جهالة العوض فوجب أن ينفسخ. والثاني أنه لا ينفسخ إلا بالفسخ بعد التحالف وهو المنصوص لأن العقد في الباطن صحيح لأنه وقع على ثمن معلوم فلا ينفسخ بتحالفهما ولأن البينة أقوى من اليمين، ثم لو أقام كل واحد منهما بينة على ما يدعيه لم ينفسخ البيع فلأن لا ينفسخ باليمين أولى. وفي الذي يفسخه وجهان: أحدهما أنه يفسخه الحاكم لأنه مجتهد فيه فافتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعيب، والثاني أنه ينفسخ بالمتعاقدين لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فصح من المتابعين كالرد بالعيب.

فصل: وإذا فسخ أو انفسخ فهل ينفسخ ظاهراً وباطناً أم لا؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها ينفسخ ظاهراً وباطناً لأنه فسخ بالتحالف فوقع ظاهراً وباطناً كفسخ النكاح باللعان ولأنه فسخ بيع لاستدراك الظلامة، فصح ظاهر أو باطناً كالرد بالعيب. والثاني أنه ينفسخ في الظاهر دون الباطن لأن سبب الفسخ هو الجهل بالثمن، والثمن معلوم في الباطن مجهول في الظاهر فلما اختصت الجهالة بالظاهر دون الباطن اختص البطلان بالظاهر دون الباطن. والثالث أنه إن كان البائع هو الظالم وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن لأنه يمكنه أن يصدق المشتري ويأخذ منه الثمن ويسلم إليه المبيع فإذا لم يفعل كان ممتنعاً من تسليم

(نكل) يقال نكل عن الشيء إذا تأخر.

المبيع بظلم فلم ينفسخ البيع، وإن كان البائع مظلوماً انفسخ ظاهراً وباطناً لأنه تعذر عليه أخذ الثمن ووجد عين ماله فجاز له أن يفسخ ويأخذ عين ماله كما لو أفلس المشتري ووجد البائع عين ماله، فإن قلنا إن الفسخ يقع في الظاهر والباطن عاد المبيع إلى ملك البائع وإلى تصرفه، وإن قلنا إن الفسخ في الظاهر دون الباطن نظرت؛ فإن كان البائع هو الظالم لم يجز له قبض المبيع والتصرف فيه بل يلزمه أن يأخذ ما أقربه المشتري من الثمن ويسلم المبيع إليه، وإن كان مظلوماً لم يجز له التصرف في المبيع بالوطء والهبة لأنه على ملك المشتري ولكن يستحق البائع الثمن في ذمة المشتري ولا يقدر على أخذه منه فيبيع من المبيع بقدر حقه كما تقول فيمن له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه ووجد شيئاً من ماله.

فصل: وإن اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة في يد المشتري تحالفا وفسخ البيع بينهما لأن التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة فوجب أن يثبت التحالف، فإذا تحالفا رجع بقيمته ومتى تعتبر قيمته فيه وجهان: أحدهما تجب قيمته يوم التلف، والثاني تجب قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف وقد ذكرنا دليل الوجهين في هلاك السلعة في البيع الفاسد، فإن زادت القيمة على ما ادعاه البائع من الثمن وجب ذلك، وحكي عن أبي علي بن خيران أنه قال: ما زاد على الثمن لا يجب لأن البائع لا يدعيه فلم يجب كما لو أقر لرجل بما لا يدعيه والمذهب الأول لأنه بالفسخ سقط اعتبار السلعة فالقول قول المشتري لأنه غارم فكان القول قوله كالغاصب، فإن تقايلا أو وجد بالمبيع عيباً فرده واختلفا في الثمن فقال البائع الثمن ألف وقال المشتري الثمن ألفان فالقول قول البائع لأن البيع قد انفسخ والمشتري مدع والبائع منكر فكان القول قوله.

فصل: وإن مات المتبايعان فاختلف ورثتهما تحالفوا لأنه يمين في المال فقام الوارث فيها مقام الموروث كاليمين في دعوى المال، وإن كان البيع بين وكيلين واختلفا في الثمن ففيه وجهان: أحدهما يتحالفان لأنهما عاقدان فتحالفا كالمالكين، والثاني لا يتحالفان لأن اليمين تعرض حتى يخاف الظالم منهما فيرجع والوكيل إذا أقر ثم رجع لم يقبل رجوعه فلا تثبت اليمين في حقه.

فصل: وإن اختلف المتبايعان في قدر المبيع تحالفا لما ذكرنا في الثمن، وإن اختلفا في عين المبيع بأن قال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشتري بل اشتريت هذه الجارية بألف ففيه وجهان: أحدهما يتحالفان لأن كل واحد منهما يدعي عقداً ينكره الآخر

....

فأشبه إذا اختلفا في قدر المبيع، والثاني أنهما لا يتحالفان بل يحلف البائع أنه ما باعه الجارية ويحلف المشتري أنه ما اشترى العبد وهو اختيار الشيخ أبي حامد الأسفرايني رحمه الله لأنهما اختلفا في أصل العقد في العبد والجارية فكان القول فيه قول من ينكر كما لو ادعى أحدهما على الآخر عبد والآخر جارية من غير عقد، فإن أقام البائع بينة أنه باعه العبد وجب على المشتري الثمن، فإن كان العبد في يده أقر في يده، وإن كان في يد البائع ففيه وجهان: أحدهما يجبر المشتري على قبضه لأن البينة قد شهدت له بالملك، والثاني لا يجبر لأن البينة شهدت له بما لا يدعيه فلم يسلم إليه فعلى هذا يسلم إلى الحاكم ليحفظه.

فصل: وإن اختلفا في شرط الخيار أو الأجل أو الرهن أو في قدرها تحالفا لما ذكرناه في الثمن، فإن اختلفا في شرط يفسد البيع ففيه وجهان بناء على القولين في شرط الخيار في الكفالة: أحدهما أن القول قول من يدعي الصحة لأن الأصل عدم ما يفسد، والثاني أن القول قول من يدعي الفساد لأن الأصل عدم العقد فكان القول قول من يدعي ذلك، فإن اختلفا في الصرف بعد التفرق فقال أحدهما تفرقنا قبل القبض وقال الآخر تفرقنا بعد القبض ففيه وجهان: أحدهما أن القول قول من يدعي التفرق قبل القبض لأن الأصل عدم القبض، والثاني أن القول قول من يدعي التفرق بعد القبض لأن الأصل صحة العقد، وإن اختلفا بعد التفرق فقال أحدهما تفرقنا عن تراض وقال الآخر تفرقنا عن فسخ البيع ففيه وجهان: أحدهما أن القول قول من يدعي التراضي لأن الأصل عدم الفسخ وبقاء العقد، والثاني أن القول قول من يدعي الفسخ، لأن الأصل عدم اللزوم ومنع المشتري من التصرف فأما إذا اختلفا في عيب المبيع ومثله يجوز أن يحدث فقال البائع عندك حدث العيب، وقال المشتري بل حدث عندك فالقول قول البائع لأن الأصل عدم العيب، فإن اختلفا في المردود بالعيب فقال المشتري هو المبيع وقال البائع الذي بعتك غير هذا فالقول قول البائع، لأن الأصل سلامة المبيع وبقاء العقد فكان القول قوله. فإن اشترى عبدين فتلف أحدهما ووجد بالآخر عيباً فرده وقلنا إنه يجوز أن يرد أحدهما واختلفا في قيمة التالف ففيه قولان: أحدهما وهو الصحيح أن القول قول البائع لأنه ملك جميع الثمن فلا يزال ملكه إلاّ عن القدر الذي يقربه كالمشتري والشفيع إذا اختلفا في الثمن فإن القول قول المشتري لأنه ملك الشقص فلا يزال إلاّ بما يقربه، والثاني أن القول قول المشتري لأنه كالغارم فكان القول قوله، فإن باعه **عشرة أقفزة** من صبرة وسلمها بالكيل فادعى المشتري أنها دون حقه ففيه قولان: أحدهما أن القول قول المشتري لأن

قوله: **(عشرة أقفزة)** قال الجوهري القفيز ثمانية مكاكيك. والمكوك مكيال وهو ثلاث

الأصل أنه لم يقبض جميعه، والثاني أن القول قول البائع لأن العادة فيمن يقبض حقه بالكيل أن يستوفي جميعه فجعل القول قول البائع.

فصل: إذا باعه سلعة بثمن في الذمة ثم اختلفا فقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري لا إسلم الثمن حتى أقبض المبيع فقد اختلف أصحابنا فيه؛ فمنهم من قال فيه ثلاثة أقوال: أحدها يجبر البائع على إحضار المبيع والمشتري على إحضار الثمن ثم يسلم إلى كل واحد منهما ماله دفعة واحدة لأن التسليم واجب على كل واحد منهما فإذا امتنعا أجبرا كما لو كان لأحدهما على الآخر دراهم وللآخر عليه دنانير. والثاني لا يجبر واحد منهما بل يقال من يسلم منكما ما عليه أجبر الآخر على تسليم ما عليه لأن على كل واحد منهم حقاً في مقابلة حق له فإذا تمانعا لم يجبر واحد منهما كما لو نكل المدعي عليه فردت اليمين على المدعي فنكل. والثالث أنه يجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري وهو الصحيح لأن حق المشتري متعلق بعين وحق البائع في الذمة فقدم ما تعلق بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون، ولأن البائع يتصرف في الثمن في الذمة فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشتري في المبيع، ومن أصحابنا من قال المسألة على قول واحد وهو أنه يجبر البائع على تسليم المبيع كما ذكرناه وما سواه من الأقوال ذكره الشافعي عن غيره ولم يختره، فعلى هذا ينظر فيه؛ فإن كان المشتري موسراً نظرت، فإن كان ماله حاضراً أجبر على تسليمه في الحال، وإن كان في داره أو دكانه حجر عليه في المبيع وفي سائر أمواله إلى أن يدفع الثمن لأنه إذا لم يحجر عليه لم نأمن أن يتصرف فيه فيضر بالبائع، وإن كان غائباً منه على مسافة يقصر فيها الصلاة فللبائع أن يفسخ البيع ويرجع إلى عين ماله لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن فجاز له الرجوع إلى عين ماله كما لو أفلس المشتري، وإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان: أحدهما ليس له أن يختار عين ماله لأنه في حكم الحاضر، والثاني له أن يختار عين ماله لأنه يخاف عليه الهلاك فيما قرب كما يخاف عليه فيما بعد. وإن كان المشتري معسراً ففيه وجهان: أحدهما تباع السلعة ويقضي دينه من ثمنها والمنصوص أنه يرجع إلى عين ماله لأنه تعذر الثمن بالإعسار فثبت له الرجوع إلى عين ماله كما لو أفلس بالثمن. وإن كان الثمن معيناً ففيه قولان: أحدهما يجبران والثاني لا يجبر واحد

كيلجات. والكيلجة منا وسبعة أثمان منا. والمنا رطلان. والرطل اثنا عشر أوقية. والأوقية إستار وثلثا إستار. والاستار أربعة مثاقيل ونصف. والمثقال درهم وثلاثة أسباع درهم. والدرهم ستة دوانيق والدانق قيراطان. والقيراط طسوجان والطسوج حبتان. والحبة سدس ثمن درهم وهو جزء من ثمانية وأربعين جزءاً من درهم.

منهما ويسقط القول الثالث أنه يجبر البائع، لأن الثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالعين والمنع من التصرف فيه قبل القبض.

فصل: وإن باع من رجل عيناً فأحضر المشتري نصف الثمن ففيه وجهان: أحدهما لا يجبر البائع على تسليم شيء من المبيع لأنه محبوس بدين فلا يسلم شيء منه بحضور بعد الدين كالرهن، والثاني أنه يجبر على تسليم نصف المبيع، لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر، وكل جزء من المبيع في مقابلة جزء من الثمن، فإذا سلم بعض الثمن وجب تسليم ما في مقابلته ويخالف الرهن في الدين فإن الرهن ليس بعوض من الدين وإنما هو وثيقة به فجاز له حبسه إلى أن يستوفي جميع الدين. وإن باع من اثنين عبداً بثمن فأحضر أحدهما نصف الثمن وجب تسليم حصته إليه لأنه أحضر جميع ما عليه من الثمن، فوجب تسليم ما في مقابلته من المبيع كما لو اشترى عيناً وأحضر ثمنها والله أعلم.

فصل: إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم، لم يخل إما أن يكون ثمرة أو غيرها، فإن كان غير الثمرة نظرت، فإن كان تلفه **بآفة سماوية** انفسخ البيع لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع كما لو اصطرفا وتفرقا قبل القبض، فإن كان المبيع عبداً فذهبت يده بآكلة فالمبتاع بالخيار بين أن يرد وبين أن يمسك فإن اختار الرد رجع بجميع الثمن. وإن اختار الامساك أمسك بجميع الثمن لأن الثمن لا ينقسم على الأعضاء فلم يسقط بتلفها شيء من الثمن وإن أتلفه أجنبي ففيه قولان: أحدهما أنه ينفسخ البيع لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع كما لو تلف بآفة سماوية، والثاني أن المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن وبين أن يقر البيع ويرجع عن الأجنبي بالقيمة لأن القيمة عوض عن المبيع فقامت مقامه في القبض، فإن كان عبداً فقطع الأجنبي يده فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن وبين أن يجيزه ويرجع على الجاني بنصف قيمته. فإن أتلفه البائع ففيه طريقان: قال أبو العباس فيه قولان كالأجنبي، وقال أكثر أصحابنا ينفسخ البيع قولاً واحداً لأنه لا يمكن الرجوع على البائع بالقيمة لأن المبيع مضمون عليه بالثمن فلا يجوز أن يكون مضموناً عليه بالقيمة بخلاف الأجنبي فإن المبيع غير مضمون عليه بالثمن فجاز أن يضمنه بالقيمة. فإن كان عبداً فقطع البائع يده ففيه وجهان: قال أبو العباس المبتاع بالخيار إن شاء فسخ البيع ورجع بالثمن، وإن شاء أجازه ورجع على البائع بنصف القيمة، وقال أكثر أصحابنا هو بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه ولا شيء له لأنه جزء من المبيع فلا يضمنه البائع بالقيمة قبل القبض كما لو

قوله: **(بآفة سماوية)** الآفة العاهة. وقد أيف الزرع على ما لم يسم فاعله أي أصابته آفة

ذهب بآكلة فإن أتلفه المشتري استقر عليه الثمن لأن الإتلاف كالقبض ولهذا لو أعتقه جعل إعتاقه كالقبض فكذلك إذا أتلفه. فإن كان عبداً فقطع يده لم يجز له أن يفسخ لأنه نقص بفعله إن اندمل ثم تلف في يد البائع رجع البائع على المشتري بأرش النقص فيقوم مع اليد ويقوم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن ولا يرجع بما نقص من القيمة لأن المبيع مضمون على المشتري بالثمن فلا يجوز أن يرجع عليه بما نقص من القيمة. وإن كان المبيع ثمرة فإن كان على الأرض فهو كغير الثمرة وقد بيناه، وإن كانت على الشجر نظرت؛ فإن تلفت قبل التخلية فهي كغير الثمرة إذا هلك قبل أن يقبض وقد بيناه، فإن تلفت بعد التخلية ففيه قولان: أحدهما أنها تتلف من ضمان المشتري لأن التخلية قبض يتعلق به جواز التصرف فدخل في ضمانه كالنقل فيما ينقل، والثاني أنها تتلف من ضمان البائع لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن بعت من أخيك تمراً **فأصابته جائحة** فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق»[1] وروى جابر أيضاً أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح. فإن قلنا بهذا فاختلفا في الهالك فقال البائع الثلث وقال المشتري النصف فالقول قول البائع لأن الأصل عدم الهلاك، وإن بلغت الثمار وقت الجداد فلم ينقل حتى هلكت كان هلاكها من ضمان المشتري لأنه وجب عليه النقل فلم يلزم البائع ضمانها، والله أعلم.

باب السلم

السلم جائز لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ [البقرة: ٢٨٢] قال ابن عباس: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أجله الله في كتابه وأذن فيه فقال: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾.

فصل: ولا يصلح السلم إلاّ من مطلق التصرف في المال لأنه عقد على مال فلا يصح إلا من جاز التصرف كالبيع. قال الشافعي رحمه الله: ويصح السلم من الأعمى. قال المزني رحمه الله: أعلم من نطقه أنه أراد الأعمى الذي عرف الصفات قبل أن يعمى.

فهو موفٍ مثال معوفٍ قوله: (**أصابته جائحة**) الجائحة الاستئصال ومنه الجائحة وهي الشدة التي تجتاح المال من سنة أو آفة أو فتنة. يقال جاحتهم الجائحة واجتاج الله ماله أي أهلكه.

من باب السلم

السلم الاسم من أسلمت وهو تسليم رأس المال. والسلف كل ما قدمه الإنسان قبله.

---

(١) رواه مسلم في كتاب المساقاة حديث ١٤. أبو داود في كتاب البيوع باب ٥٨. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٣٣. أحمد في مسنده (٣/ ٤٧٧).

قال أبو العباس: هذا الذي قاله المزني حسن فأما **الأكمه** الذي لا يعرف الصفات فلا يصح سلمه لأنه يعقد على مجهول وبيع المجهول لا يصح. وقال أبو إسحاق: يصح السلم من الأعمى وإن كان أكمه لأنه يعرف الصفات بالسماع.

فصل: وينعقد بلفظ السلف والسلم وفي لفظ البيع وجهان: من أصحابنا من قال: لا ينعقد السلم بلفظ البيع، فإذا عقد بلفظ البيع كان بيعاً ولا يشترط فيه قبض العوض في المجلس، لأن السلم غير البيع فلا ينعقد بلفظه، ومنهم من قال ينعقد لأنه نوع بيع يقتضي القبض في المجلس فانعقد بلفظ البيع كالصرف.

فصل: ويثبت فيه خيار المجلس لقوله ﷺ: «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا» ولا يثبت فيه خيار الشرط لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمامه ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض فلو أثبتنا فيه خيار الشرط أدى إلى أن يتفرقا قبل تمامه.

فصل: ويجوز مؤجلاً للآية ويجوز حالاً لأنه إذا جاز مؤجلاً فلأن يجوز حالاً وهو من الغرر أبعد أولى، ويجوز في المعدوم إذا كان موجوداً عند المحل لما روى ابن عباس رضي الله عنه قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمرة السنتين والثلاث فقال: «أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[1] فلو لم يجز السلم في المعدوم لنهاهم عن السلم في الثمار السنتين والثلاث، ويجوز السلم في الموجود لأنه إذا جاز السلم في المعدوم فلأن يجوز في الموجود أولى لأنه أبعد من الغرر.

فصل: ويجوز السلم في كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته كالأثمان والحبوب والثمار والثياب والدواب والعبيد والجواري والأصواف والأشعار والأخشاب والأحجار والطين **والفخار** والحديد والرصاص **والبللور** والزجاج، وغير ذلك من الأموال التي تباع وتضبط بالصفات، والدليل عليه حديث ابن عباس في الثمار وروى عبد الله بن أبي أوفى قال: كنا نسلف ورسول الله ﷺ فينا في الزيت والحنطة، وروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ أمره أن يجهز جيشاً **فنفدت الإبل** فأمره أن يأخذ على

ومنه السلف الذين تقدموا من الآباء وغيرهم قوله: (**الأكمه**) الذي يولد أعمى، وقد كمه بالكسر كمها. قال رؤبة:

هـرجـت فـارتـد ارتـداد الأكـمـه

قوله: (**الفخار**) مشدد الخزف الذي يعمل منه الآنية. والأصواف والأشعار الصوف من الضأن والشعر من المعز قوله: (**البللور**) والبللور لغتان أبيض شفاف من أصل الخلقة وقد يلون قوله: (**فنفدت الإبل**) نفد الشيء ذهب ولم يبق منه شيء. وأنفدته أنا إنفاداً قوله:

---

(١) رواه أحمد في مسنده (١/٣٥٨).

قلاص الصدقة وكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة، وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال في السلم في الكرابيس إذا كان ذرعاً معلوماً إلى أجل معلوم فلا بأس، وعن أبي النضر قال: سُئل ابن عمر رضي الله عنه عن **السلم في السرق** قال: لا بأس والسرق الحرير فثبت جواز السلم فيما رويناه بالأخبار وثبت فيما سواه مما يباع ويضبط بالصفات بالقياس على ما ثبت بالأخبار لأنه في معناه.

فصل: وأما **ما لا يضبط بالصفة** فلا يجوز السلم فيه لأنه يقع البيع فيه على مجهول وبيع المجهول لا يجوز. قال الشافعي رحمه الله: ولا يجوز السلم في النبل لأن دقته وغلظه مقصود وذلك لا يضبط، ولا يجوز في الجواهر كاللؤلؤ والعقيق والياقوت والفيروزج والمرجان لأن صفاءها مقصود وعلى قدر صفائها يكون ثمنها وذلك لا يضبط بالوصف، ولا يجوز السلم في الجلود لأن جلد الأوراك غليظ وجلد البطن رقيق، ولا يضبط قدر رقته وغلظه ولأنه مجهول المقدار، لأنه لا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه ولا يجوز في الرق لأنه لا يضبط رقته وغلظه، ويجوز في الورق لأنه معلوم القدر معلوم الصفة.

فصل: ولا يجوز فيما عملت فيه النار كالخبز والشواء لأن عمل النار فيه يختلف فلا يضبط، واختلف أصحابنا في اللبأ المطبوخ فقال الشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمه الله: لا يجوز لأن النار تعقد أجزاءه فلا يضبط، وقال القاضي أبو الطيب الطبري رحمه الله يجوز لأن ناره لينة.

فصل: ولا يجوز فيما يجمع أجناساً مقصودة لا تتميز **كالغالية** والند والمعجون والقوس والخف والحنطة التي فيها الشعير لأنه لا يعرف قدر كل جنس منه ولا يجوز فيما خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة كاللبن المشوب بالماء والحنطة التي فيها الزوان لأن ذلك يمنع من العلم بمقدار المقصود وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد ويجوز

(السلم في السرق) وهي شقق الحرير. قال أبو عبيد:

إلا أنها البيض منها، وأنشد — سبائباً كسرق الحرير

الواحدة سرقة، قال وأصلها بالفارسية سره فعرب فجعلت هاؤه قافاً قوله: **(يضبط بالصفات)** ضبط الشيء حفظه بالحزم، والرجل ضابط أي حازم، قال الهروي الضبط لزوم الشيء بقوة، ورجل ضابط قوي شديد البطش، والياقوت معروف، والفيروزج جنس مثمن من الجواهر سماوي اللون والمرجان بفتح الميم صغار اللؤلؤ والرق بفتح الراء جلد رقيق يكتب عليه قال الله تعالى ﴿في رق منشور﴾[الطور: ٣] واللبأ على فعل مقصور مهموز أول اللبن في النتاج يجمد بنار لينة قوله: **(كالغاية)** هي طيب مجموع من المسك والكافور والعنبر، يخلط بماء الورد ثم يسك على حجر فيطيب به قال الشاعر:

فيما خالطه غيره للحاجة كخل التمر وفيه الماء والجبن وفيه **الأنفحة** والسمك المملوح وفيه الملح لأن ذلك من مصلحته، فلم يمنع جواز العقد، ويجوز في الأدهان المطيبة لأن الطيب لا يخالطه وإنما تعبق به رائحته ولا يجوز في ثوب نسج ثم صبغ لأنه سلم في ثوب وصبغ مجهول، ويجوز فيما صبغ غزله ثم نسج لأنه بمنزلة صبغ الأصل ولا يجوز في ثوب عمل فيه من غير غزله **كالقرقوبي** لأن ذلك لا يضبط. واختلف أصحابنا في الثوب المعمول من غزلين، فمنهم من قال: لا يجوز لأنهما جنسان مقصودان لا يتميز أحدهما عن الآخر فأشبه الغالية، ومنهم من قال: يجوز لأنهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما وفي السلم في الرؤوس قولان: أحدهما يجوز لأنه لحم وعظم فهو كسائر اللحوم، والثاني لا يجوز لأنه يجمع أجناساً مقصودة لا تضبط بالوصف ولأن معظمه العظم وهو غير مقصود.

فصل: ولا يجوز السلم في الطير لأنه لا يضبط بالسن ولا يعرف قدره بالذرع ولا يجوز السلم في جارية وولدها ولا في جارية وأختها، لأنه يتعذر وجود جارية وولدها، أو جارية وأختها على على ما وصف. وفي الجارية الحامل طريقان: أحدهما لا يجوز السلم فيها لأن الحمل مجهول، والثاني يجوز لأن الجهل بالحمل لا حكم له مع الأم كما نقول في بيع الجارية الحامل وفي السلم في شاة لبون.

فصل: وفي السلم في الأواني المختلفة الأعلى والأسفل **كالإبريق والمنارة والكراز** وجهان: أحدهما لا يجوز لأنها مختلفة الأجزاء فلم يجز السلم فيها كالجلود، والثاني يجوز لأنها يمكن وصفها فجاز السلم فيها كالأسطال المربعة والصحاف الواسعة. واختلف أصحابنا في السلم في الدقيق فمنهم من قال لا يجوز وهو قول أبي القاسم الداركي رحمه الله لأنه لا يضبط، والثاني يجوز لأنه يذكر النوع والنعومة والجودة فيصير

وكأنما النمشُ الذي في خدها ترشيشُ غاليةٍ على تفاحِ

ويقال إن أول من سماه بذلك سليمان بن عبد الملك، يقال منه تغليت بالغالية، ويقال إن عبد الله بن جعفر أهدى لمعاوية قارورة من الغالية فسأله كم أنفق عليها فذكر مالاً فقال هذه غالية، والمعجون شبه الغالية وهوأنواع من الطيب تعجن بماء الورد قوله: **(الأنفحة)** بكسر الهمزة وفتح الفاء مخففة والتشديد أيضاً لغة جيدة وهي كرش الحمل والجدي ما لم يأكل فإذا أكل فهو كرش. عن أبي زيد قال الشاعر:

كم أكلت كبداً وإنفحة ثم أدخرت ألية مشرحة

قوله: **(كالقرقوبي)** هو المطرز لأن الطراز يعمل بعد الفراغ من النسج، وقال في الفائق القريبة والترقية ثياب مصرية بيض من كتان وروى بقافين قوله: **(كالإبريق والمنارة والكراز)** أوان معروفة والعقار بالفتح الأرض والضياع والنخل ومنه قولهم ما له دار ولا عقار. وزيد بن

معلوماً، ولا يجوز السلم في العقار لأن المكان فيه مقصود والثمن يختلف باختلافه فلا بد من تعيينه والعين لا تثبت في الذمة.

فصل: ولا يجوز السلم إلاّ في شيء عام الوجود مأمون الانقطاع في المحل، فإن أسلم فيما لا يعم كالصيد في موضع لا يكثر فيه أو ثمرة ضيعة بعينها أو جعل المحل وقتاً لا يأمن انقطاعه فيه لم يصح لما روى عبد الله بن سلام رضي الله عنه أن زيد بن سعنة قال لرسول الله ﷺ: يا محمد هل لك أن تبيعني تمراً معلوماً إلى أجل معلوم من حائط بني فلان. فقال: «لا يا يهودي ولكن أبيعك تمراً معلوماً إلى كذا وكذا من الأجل» ولأنه لا يؤمن أن يتعذر المسلم فيه وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد.

فصل: ولا يجوز السلم إلاّ في قدر معلوم لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[1]. فإن كان في مكيل ذكر كيلاً معروفاً، وإن كان في موزون ذكر وزناً معروفاً، وإن كان في مذروع ذكر ذرعاً معروفاً، فإن علق العقد على كيل غير معروف كملء **زبيل** لا يعرف ما يسع أو ملء جرة لا يعرف ما تسع أوزنة صخرة لا يعرف وزنها أو ذراع رجل بعينه، لم يجز لأن المعقود عليه غير معلوم في الحال، لأنه لا يؤمن أن يهلك ما علق عليه العقد فلا يعرف قدر المسلم فيه، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد كما لو علقه على ثمرة حائط بعينه، وإن أسلم فيما يكال بالوزن وفيما يوزن بالكيل جاز، لأن القصد أن يكون معلوماً والعلم يحصل بذلك، وإن أسلم فيما لا يكال ولا يوزن كالجوز والبيض والقثاء والبطيخ والبقل والرؤوس، إذا جوزنا السلم فيها أسلم فيها بالوزن، وقال أبو إسحاق: يجوز أن يسلم في الجوز كيلاً لأنه لا يتجافى في المكيال والمنصوص هو الأول.

فصل: ولا يجوز حتى يصف المسلم فيه بالصفات التي تختلف بها الأثمان كالصغر والكبر والطول والعرض والدور والسمك والنعومة، والخشونة واللين والصلابة والرقة والصفاقة والذكورية والأنوثية والثيوبية والبكارة والبياض والحمرة والسواد **والسمرة** والرطوبة واليبوسة والجودة والرداءة وغير ذلك من الصفات التي تختلف بها الأثمان،

سعنة بالسين مهملة مفتوحة، وإكسان العين ونون ذكره ابن ماكولا قوله: **(زبيل)** هو الزنبيل معروف وفيه لغات زنبيل بالكسر والنون. وزبيل بالتشديد وكسر الزاي بغير نون. وزبيل بفتحها والتخفيف قوله: **(السمرة)** هي أدنى سواد والسمك طول المدور. والطول ضد العرض والرداءة بالهمز. والنيروز والمهرجان: النيروز أول يوم من الصيف وهو عند حلول

---

(١) رواه أحمد في مسنده (١/٣٥٨).

ويرجع فيما لا يعلم من ذلك إلى نفسين من أهل الخبرة. وإن شرط الأجود لم يصح العقد، لأنه ما من جيد إلاّ ويجوز أن يكون فوقه ما هو أجود منه فيطالب به فلا يقدر عليه، وإن شرط الأردأ ففيه قولان: أحدهما لا يصح لأنه ما من رديء إلا ويجوز أن يكون دونه ما هو أردأ منه فيصير كالأجود. والثاني أنه يصح لأنه إن كان ما يحضره هو الأردأ فهو الذي أسلم فيه، وإن كان دونه أردأ منه فقد تبرع بما أحضره فوجب قبوله فلا يتعذر التسليم وإن أسلم في ثوب من الصفات التي يختلف بها الثمن وشرط أن يكون وزنه قدراً معلوماً ففيه وجهان: أحدهما لا يصح وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفرايني لأنه لا يتفق ثوب على هذه الصفات مع الوزن المشروط إلاّ نادراً فيصير كالسلم في جارية وولدها وكالسلم فيما لا يعم وجوده، والثاني أنه يجوز لأن الشافعي رحمه الله نص على أنه إذا أسلم في آنية وشرط وزنا معلوماً جاز فكذلك ههنا.

فصل: فإن أسلم في المؤجل وجب بيان أجل لحديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ولأن الثمن يختلف باختلافه فوجب بيانه كالكيل والوزن وسائر الصفات، والأجل المعلوم ما يعرفه الناس كشهور العرب وشهور الفرس وشهور الروم وأعياد المسلمين والنيروز والمهرجان، فإن أسلم إلى الحصاد أو إلى العطاء أو إلى عيد اليهود والنصارى لم يصح لأنه ذلك غير معلوم لأنه يتقدم ويتأخر، وإن جعله إلى شهر ربيع أو جمادي صح وحمل على الأول منهما ومن أصحابنا من قال: لا يصح حتى يبين والمذهب الأول لأنه نص على أنه إذا جعل إلى النفر حمل على النفر الأول، فإن قال إلى يوم كذا كان المحل إذا طلع الفجر فإن قال إلى شهر كذا كان المحل إذا غربت الشمس من الليلة التي يرى فيها الهلال، فإن قال محله في يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا ففيه وجهان: قال أبو علي بن أبي هريرة يجوز ويحمل على أوله كما لو قال لامرأته أنت طالق في يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا فإن الطلاق يقع في أولها، والثاني لا يجوز وهو الصحيح لأن ذلك يقع على جميع أجزاء اليوم والشهر والسنة فإذا لم يبين كان مجهولاً، ويخالف الطلاق فإنه يجوز إلى أجل

الشمس في برج الحمل. وقيل يوم تسع من ذي المبكر، وقيل سباط بالسين المهملة والمهرجان أول يوم من الشتاء وقيل يوم عشرين من أيلول وذلك عند حلول الشمس في برج الميزان، وفي تسميتهما بذلك قصة اختصرتها. أما النيروز فإن دجلة انبثقت في زمان بني إسرائيل أو الفرس، وأهلكت البلدان والقرى وظهر فيها الوباء ومات الناس، وهربوا منها إلى بلاد أخرى فماتوا بها أيضاً وأراهم الله أنهم غير معجزين، ثم أنزل الله عليهم مطراً فأحياهم به فسمى ذلك المطر النيروز، وجعلوه عيداً يصب بعضهم الماء فيه على بعض. قال ابن عباس

مجهول، وإذا صح تعلق بأوله بخلاف السلم فإن ذكر شهوراً مطلقة حمل على شهور الأهلة، لأن الشهور في عرف الشرع شهور الأهلة فجمل العقد عليها، فإن كان العقد في الليلة التي رؤي فيها الهلال اعتبر الجميع بالأهلة، وإن كان العقد في أثناء الشهر اعتبر شهراً بالعدد، وجعل الباقي بالأهلة فإن أسلم في حال وشرط أنه حال صح العقد وإن أطلق ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه أحد محلي السلم فوجب بيانه كالمؤجل، والثاني أنه يصح ويكون حالاً لأن ما جاز حالاً ومؤجلاً حمل إطلاقه على الحال كالثمن في البيع، وإن عقد السلم حالاً ثم جعله مؤجلاً أو مؤجلاً فجعله حالاً أو زاد في أجله أو نقص نظرت؛ فإن كان ذلك بعد التفرق لم يلحق بالعقد لأن العقد استقر فلا يتغير، وإن كان قبل التفرق لحق بالعقد. وقال أبو علي الطبري إن قلنا إن المبيع انتقل بنفس العقد لم يلحق به والصحيح هو الأول وقد ذكرناه في الزيادة في الثمن.

فصل: وإن أسلم في جنسين إلى أجل أو في جنس إلى أجلين فيه قولان: أحدهما أنه لا يصح لأن ما يقابل أحد الجنسين أقل مما يقابل الآخر وما يقابل أحدهما أجلاً أقل مما يقابل الآخر، وذلك مجهول فلم يجز، والثاني أنه يصح وهو الصحيح، لأن كل بيع جاز في جنس واحد وأجل واحد جاز في جنسين وفي أجلين كبيع الأعيان، ودليل القول الأول يبطل ببيع الأعيان فإنه يجوز إلى أجلين وفي جنسين مع الجهل بما يقابل كل واحد منهما.

فصل: وأما بيان موضع التسليم، فإنه إن كان العقد في موضع لا يصلح للتسليم **كالصحراء** وجب بيانه، وإن كان في موضع يصلح للتسليم ففيه ثلاثة: أوجه أحدها يجب بيانه لأنه يختلف الغرض باختلافه فوجب بيانه كالصفات، والثاني لا يجب بل يحمل على موضع العقد كما نقول في بيع الأعيان، والثالث أنه إن كان لحمله مؤنة وجب بيانه لأنه يختلف الثمن باختلافه فوجب بيانه كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها، فإن لم يكن

وتصديق ذلك في كتاب الله تعالى ﴿ألم تر إلى الذين خرجوا من ديارهم وهم ألوف حذر الموت فقال لهم الله موتوا ثم أحياهم﴾[البقرة: ٢٤٣]. وأما المهرجان فإنه كان فيهم ملك بنواحي أذربيجان وكان جباراً ظلوماً وكان اسمه مهروذ فأهلكه الله بمثل ذلك الوقت ففرحوا بهلاكه وجعلوه عيداً وسموه المهرجان. فمهر هو اسم الملك وجان هو الروح بلسانهم أي هلك روح الملك لأنهم يقدمون المضاف على المضاف إليه في لغتهم فيقولون في غلام زيد زيد غلام.

قوله: **(كالصحراء)** هي البرية يقال صحراء واسعة ولا يقال صحراة والجمع الصحارى بكسر الراء والصحارى بفتح الراء والصحراوات. والمؤنة تهمز ولا تهمز وهي فعولة وقال

لحمله مؤنة لم يجب بيانه لأنه لا يختلف الثمن باختلافها فلم يجب بيانه كالصفات التي لا يختلف الثمن باختلافها.

فصل: ولا يجوز تأخير قبض رأس المال عن المجلس لقوله ﷺ «أسلفوا في كيل معلوم» والإسلاف هو التقديم ولأنه إنما سمي سلماً لما فيه من تسليم رأس المال فإذا تأخر لم يكن سلماً فلم يصح، ويجوز أن يكون رأس المال في الذمة ثم يعينه في المجلس ويسلمه ويجوز أن يكون معيناً فإن كان في الذمة نظرت، فإن كان من الأثمان حمل على نقد البلد، وإن كان في البلد نقود حمل على الغالب منها ون لم يكن في البلد نقد غالب وجب بيان نقد معلوم، وإن كان رأس المال عرضاً وجب بيان الصفات التي تختلف بها الأثمان لأنه عوض في الذمة غير معلوم بالعرف فوجب بيان صفاته كالمسلم فيه، وإن كان رأس المال معيناً ففيه قولان: أحدهما يجب ذكر صفاته ومقداره لأنه لا يؤمن أن ينفسخ السلم بانقطاع المسلم فيه فإذا لم يعرف مقداره وصفته لم يعرف ما يرده، والثاني لا يجب ذكر صفاته ومقداره لأنه عوض في عقد لا يقتضي رد المثل فوجب أن تغني المشاهدة عن ذكر صفاته ومقداره كالمهر والثمن في البيع وإن كان رأس المال بما لا يضبط بالصفة كالجواهر وغيرها فعلى القولين إن قلنا يجب صفاته لم يجز أن يجعل ذلك رأس المال لأنه لا يمكن ذكر صفاته، وإن قلنا لا يجب جاز أن يجعل ذلك رأس المال لأنه معلوم بالمشاهدة والله أعلم.

باب تسليم المسلم فيه

إذا حل دين السلم وجب على المسلم إليه تسليم المسلم فيه على ما اقتضاه العقد، فإن كان المسلم فيه تمراً لزمه ما يقع عليه اسم التمر على الإطلاق فإن أحضر حشفاً أو رطباً لم يقبل منه فإن كان رطباً لزمه ما يطلق عليه اسم الرطب على الإطلاق ولا يقبل منه **بسر ولا منصف ولا مذنب** ولا مشدخ، وإن كان طعاماً لزمه ما نقى من التبن، فإن كان فيه قليل تراب نظرت؛ فإن كان أسلم فيه كيلاً قبل منه لأن القليل من التراب لا يظهر في الكيل، وإن كان أسلم فيه وزناً لم يقبل منه لأنه يظهر في الوزن فيكون المأخوذ من الطعام دون حقه، وإن كان عسلاً لزمه ما صفى من الشمع، فإن أسلم إليه في ثوب فأحضر ثوباً

الفراء مفعلة من الأين وهو التعب الشديد، ويقال هي مفعلة من الأوان قوله: (**الحشف**) هو رديء التمر وفي المثل: أحشفا وسوء كيلة قوله: (**بسر ولا منصف ولا مذنب**) البسر قبل الرطب لأن أوله طلع ثم خلال ثم بلح ثم بسر، ثم رطب الواحدة بسرة، والمنصف الذي أخذ الإرطاب فيه إلى النصف. والمذنب الذي بدا الارطاب في أذنا به والمشدخ البسر يغم حتى يتشدخ أي يغطي بشيء أو يدفن حتى ينضج ويتغير. وقال الشيخ أبو حامد: هو الذي ضرب بالخشب حتى صار رطباً. وقيل أنهم يشمسون البسر ثم يدلكونه بكساء صوف غليظ

أجود منه لزمه قبوله لأنه أحضر المسلم فيه وفيه زيادة صفة لا تتميز فلزمه قبوله، فإن جاءه بالأجود وطلب عن الزيادة عوضاً لم يجز لأنه بيع صفة والصفة لا تفرد بالبيع فإن أتاه بثوب رديء لم يجبر على قبوله لأنه دون حقه، فإن قال خذه وأعطيك للجودة درهماً لم يجز لأنه بيع صفة ولأنه بيع جزء من المسلم فيه قبل قبضه فإن أسلم في نوع آخر من ذلك الجنس كالمعقلي عن البرني والهروي عن المروي ففيه وجهان: قال أبو إسحاق لا يجوز لأنه غير الصنف الذي أسلم فيه فلم يجز أخذه عنه كالزبيب عن التمر، وقال أبو علي ابن أبي هريرة يجوز لأن النوعين من جنس واحد بمنزلة النوع الواحد ولهذا يحرم التفاضل في بيع أحدهما بالآخرة، ويضم أحدهما إلى الآخر في إكمال النصاب في الزكاة فإن اتفق أن يكون رأس المال على صفة المسلم فيه فأحضره ففيه وجهان: أحدهما إلى الآخر في إكمال النصاب في الزكاة فإن اتفق أن يكون رأس المال على صفة المسلم فيه فأحضره ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز قبوله لأنه يصير الثمن هو المثمن والعقد يقتضي أن يكون الثمن غير المثمن، والثاني أنه يجوز لأن الثمن هو الذي سلم إليه والمثمن هو الموصوف وإن أسلم إلى محل فأحضر المسلم فيه قبله أو شرط أن يسلم إليه في مكان فأحضر المسلم فيه في غير ذلك المكان فامتنع المسلم من أخذه نظرت؛ فإن كان له غرض صحيح في الامتناع لزمه أخذه فإن لم يأخذه رفع إلى الحاكم ليأخذه عنه، والدليل عليه ما روي أن أنساً رضي الله عنه كاتب عبداً له على مال إلى أجل فجاءه بمال قبل الأجل فأبى أن يأخذه فأتى عمر رضي الله عنه فأخذه منه وقال له إذهب فقد عتقت ولأنه زاده بالتقديم خيراً فلزمه قبوله، وإن سأله المسلم أن يقدمه قبل المحل فقال أنقصني من الدين حتى أقدمه ففعل لم يجز لأنه بيع أجل والأجل لا يفرد بالبيع ولأن هذا في معنى ربا الجاهلية فإنه كان في الجاهلية يقول من عليه الدين زدني في الأجل أزدك في الدين.

فصل: وإن أسلم إليه في طعام بالكيل، أو اشترى منه طعاماً بالكيل فدفع إليه الطعام من غير كيل، لم يصح القبض لأن المستحق قبض بالكيل فلا يصح قبض بغير الكيل، فإن كان المقبوض باقياً رده على البائع ليكيله له، وإن تلف في يده قبل الكيل تلف من ضمانه لأنه قبض حقه، وإن ادعى أنه كان دون حقه فالقول قوله لأن الأصل أنه لم يقبض إلا ما ثبت بإقراره فإن باع الجميع قبل الكيل لم يصح لأنه لا يتحقق أن الجميع له، وإن باع منه القدر الذي يتحقق أنه له ففيه وجهان: أحدهما يصح وهو قول أبي إسحاق لأنه دخل في ضمانه فنفذ بيعه فيه كما لو قبضه بالكيل، والثاني لا يصح وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وهو المنصوص في الصرف، لأنه باعه قبل وجود القبض

وما أشبهه فيصير طعمه طعم الرطب يفعلون ذلك استعجالاً لأكل الرطب من البسر قبل الإرطاب ذكره في البيان. والبرني والمعقلي ذكرا والهروي والمروي منسوب إلى هراة ومرو

المستحق بالعقد فلم يصح بيعه كما لو باعه قبل أن يقبضه فإن دفع إليه بالكيل ثم ادعى أنه دون حقه، فإن كان ما يدعيه قليلاً قبل منه، وإن كان كثيراً لم يقبل لأن القليل **يبخس به** والأصل عدم القبض والكثير لا يبخس به فكان دعواه مخالفاً للظاهر فلم يقبل.

فصل: فإن أحاله على رجل له عليه طعام لم يصح لأن الحوالة بيع وقد بينا في كتاب البيوع أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض، وإن قال لي عند رجل طعام فأحضر معي حتى أكتاله لك فحضر واكتاله له لم يجز لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع وصاع المشتري وهذا لم يجر فيه الصاعان وهل يصح قبض المسلم إليه لنفسه فيه وجهان بناء على القولين فيمن باع دين المكاتب فقبض منه المشتري فإن قبض المشتري لنفسه لا يصح، وهل يصح القبض للسيد فيه قولان: أحدهما يصح لأنه قبضه بإذنه فصار كما لو قبضه وكيله، والثاني لا يصح لأنه لم يأذن له في قبضه له، وإنما أذن له في قبضه لنفسه فلا يصير القبض له ويخالف الوكيل فإنه قبضه لموكله، فإن قلنا إن قبضه لا يصح اكتال لنفسه مرة أخرى ثم يكيله للمسلم، وإن قلنا إن قبضه يصح كاله للمسلم، فإن قال أحضر معي حتى أكتاله لنفسي وتأخذه ففعل ذلك صح القبض للمسلم إليه لأنه قبضه لنفسه قبضاً صحيحاً، ولا يصح للمسلم لأنه دفعه إليه من غير كيل، وإن اكتاله لنفسه وسلم إلى المسلم وهو في المكيال ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان وهذا يقتضي كيلاً بعد كيل وذلك لم يوجد، والثاني أنه يصح لأن إستدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ولو ابتدأ بكيله جاز فكذلك إذا استدامه.

فصل: وإن دفع المسلم إليه إلى المسلم دراهم وقال اشتر لي بها مثل مالك علي واقبضه لنفسك ففعل لم يصح قبضه لنفسه. وهل يصح للمسلم إليه على الوجهين المبنيين على القولين في دين المكاتب، فإن قال اشتري لي واقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء والقبض للمسلم إليه، ولا يصح قبضه لنفسه لأنه لا يجوز أن يكون وكيلاً لغيره في قبض حق نفسه.

فصل: إذا قبض المسلم فيه ووجد به عيباً فله أن يرده لأن إطلاق العقد يقتضي مبيعاً سليماً فلا يلزمه قبول المعيب، فإن رد ثبت له المطالبة بالسليم لأنه أخذ المعيب عما في الذمة فإذا رده رجع إلى ماله في الذمة، وإن حدث عنده عيب رجع بالأرش لأنه لا يمكنه رده ناقصاً عما أخذ ولا يمكن إجباره على أخذه مع العيب فوجب الأرش.

وهما بلدان بخراسان والنسب إلى مرو مروزي سماعاً لا قياساً. في الذمة وما يدفعه إليه يدفعه عما في ذمته فلا يكون الثمن هو المثمن قوله: (**يبخس به**) البخس النقصان. بخسه في البيع نقصه ﴿وشروه بثمن بخس﴾ إذا بخس.

فصل: فإن أسلم في ثمرة فانقطعت في محلها أو غاب المسلم إليه فلم يظهر حتى نفدت الثمرة ففيه قولان: أحدهما أن العقد ينفسخ لأن المعقود عليه ثمرة هذا العام، وقد هلكت فانفسخ العقد كما لو اشترى لي واقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء والقبض للمسلم إليه ولا يصح قبضه لنفسه لأنه لا يجوز أن يكون وكيلاً لغيره في قبض حق نفسه.

فصل: إذا قبض المسلم فيه ووجد به عيباً فله أن يرده لأن إطلاق العقد يقتضي مبيعاً سليماً فلا يلزمه قبول المعيب، فإن رد ثبت له المطالبة بالسليم لأنه أخذ المعيب عما في الذمة فإذا رده رجع إلى ماله في الذمة، وإن حدث عنده عيب رجع بالأرش لأنه لا يمكنه رده ناقصاً عما أخذ ولا يمكن إجباره على أخذه مع العيب فوجب الأرش.

فصل: فإن أسلم في ثمرة فانقطعت في محلها أو غاب المسلم إليه فلم يظهر حتى نفدت الثمرة ففيه قولان: أحدهما أن العقد ينفسخ لأن المعقود عليه ثمرة هذا العام وقد هلك فانفسخ العقد كما لو اشترى قفيزاً من صبرة فهلكت الصبرة، والثاني أنه لا ينفسخ لكنه بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر إلى أن توجد الثمرة فيأخذها لأن المعقود عليه ما في الذمة لا ثمرة هذا العام، والدليل عليه أنه لو أسلم إليه في ثمرة عامين فقدم في العام الأول ما يجب له في العام الثاني جاز وما في الذمة لم يتلف وإنما تأخر فثبت له الخيار كما لو اشترى عبداً فأبق.

فصل: يجوز فسخ عقد السلم بالإقالة لأن الحق لهما فجاز لهما الرضا بإسقاطه، فإذا فسخا وانفسخ بانقطاع الثمرة في أحد القولين أو بالفسخ في القول الآخر رجع المسلم إلى رأس المال فإن كان باقياً وجب رده، وإن كان تالفاً ثبت بدله في ذمة المسلم إليه فإن أراد أن يسلمه في شيء آخر لم يجز لأنه بيع دين بدين، وإن أراد أن يشتري به عيناً نظرت فإن كان تجمعهما علة واحدة في الربا كالدراهم بالدنانير والحنطة بالشعير لم يجز أن يتفرقا قبل القبض كما لو أراد أن يبيع أحدهما بالآخر عيناً بعين وإن لم تجمعهما علة واحدة في الربا كالدراهم بالحنطة والثوب بالثوب ففيه وجهان: أحدهما يجوز أن يتفرقا من غير قبض كما يجوز إذا باع أحدهما بالآخر عيناً بعين أن يتفرقا من غير قبض، والثاني لا يجوز لأن المبيع في الذمة فلا يجوز أن يتفرقا قبل قبض عوضه كالمسلم فيه والله أعلم.

باب القرض

القرض **قربة** مندوب إليه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من

من باب القرض

القرض في اللغة القطع كأنه يقطع له قطعة من ماله. وقيل هو المجازاة لأنه يرد مثل ما أخذ ومنه قولهم الدنيا قروض ومكافأة وهما يتقارضان الثناء إذا أثنى رجل على رجل، وأثنى الآخر عليه قوله: **(قربة)** هو ما يتقرب به إلى الله تعالى من العمل الصالح ومندوب إليه أي

كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»[١] وعن أبي الدرداء رضي الله عنه أنه قال: لأن أقرض دينارين ثم يردا ثم أقرضهما أحب إلي من أن أتصدق بهما. وعن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما أنهما قالا: قرض مرتين خير من صدقة مرة.

فصل: ولا يصح إلاّ من جائز التصرف لأنه عقد على المال، فلا يصح إلاّ من جائز التصرف كالبيع، ولا ينعقد إلاّ بالإيجاب والقبول لأنه تمليك آدمي فلم يصح من غير إيجاب وقبول كالبيع والهبة، ويصح بلفظ القرض والسلف لأن الشرع ورد بهما ويصح بما يؤدي معناه، وهو أن يقول ملكتك هذا على أن ترد علي بدله، فإن قال ملكتك ولم يذكر البدل كان هبة، فإن اختلفا فيه فالقول قول الموهوب له لأنه الظاهر معه فإن التمليك من غير ذكر عوض هبة في الظاهر، وإن قال أقرضتك ألفاً وقبل وتفرقا ثم دفع إليه ألفاً، فإن لم يطل الفصل جاز لأن الظاهر أنه قصد الإيجاب وإن طال الفصل لم يجز حتى يعيد لفظ القرض لأنه لا يمكن البناء على العقد مع طول الفصل.

فصل: وإن كتب إليه وهو غائب أقرضتك هذا أو كتب إليه بالبيع ففيه وجهان: أحدهما ينعقد لأن الحاجة مع الغيبة داعية إلى الكتابة، والثاني لا ينعقد لأنه قادر على النطق فلا ينعقد عقده بالكتابة، كما لو كتب وهو حاضر وقول القائل الأول إن الحاجة داعية إلى الكتابة لا يصح لأنه يمكنه أن يوكل من يعقد العقد بالقول.

فصل: ولا يثبت فيه خيار المجلس وخيار الشرط لأن الخيار يراد للفسخ وفي القرض يجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء فلا معنى لخيار المجلس وخيار الشرط، ولا يجوز شرط الأجل فيه لأن الأجل يقتضي جزءاً من العوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان في عوضه فلا يجوز شرط الأجل فيه، ويجوز شرط الرهن فيه لأن النبي ﷺ رهن درعه على شعير أخذه لأهله ويجوز أخذ الضمين فيه لأنه وثيقة فجاز في القرض كالرهن.

فصل: وفي الوقت الذي يملك فيه وجهان: أحدهما أنه يملكه بالقبض لأنه عقد

مأمور به من غير إيجاب يقال ندبه الأمر فانتدب أي دعاه فأجابه قوله: **(من كشف عن مسلم كربه)** معنى كشف أزال. ﴿فكشفنا ما به من ضر﴾ أزلناه. والكربة بالضم الغم الذي يأخذ بالنفس وكذلك الرب على وزن الضرب والجمع الكرب.

---

(١) رواه البخاري في كتاب الصائم باب ٣. مسلم في كتاب البرحديث ٥٩. أبو داود في كتاب الأدب باب ٣٨، ٦٠. الترمذي في كتاب الحدود باب ٣. أحمد في مسنده (٢/ ٩١، ٢٥٢).

يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك فيه على القبض كالهبة، فعلى هذا إذا كان القرض حيواناً فنفقته بعد القبض على المستقرض، فإن اقترض أباه وقبضه عتق عليه. والثاني أنه لا يملكه إلا بالتصرف بالبيع والهبة والاتلاف لأنه لو ملك قبل التصرف لما جاز للمقرض أن يرجع فيه بغير رضاه فعلى هذا تكون نفقته على المقرض، فإن اقترض أباه لم يعتق عليه قبل أن يتصرف فيه، واختلف أصحابنا فيمن قدم طعاماً إلى رجل ليأكله على أربعة أوجه: أحدها أنها يملكه بالأخذ، والثاني أنه يملكه بمركه في الفم، والثالث أنه يملكه بالبلع، والرابع أنه لا يملكه بل يأكله على ملك صاحب الطعام.

فصل: ويجوز قرض كل مال يملك بالبيع ويضبط بالوصف لأنه عقد تمليك يثبت العوض فيه في الذمة فجاز فيما يملك ويضبط بالوصف كالسلم، فأما ما لا يضبط بالوصف كالجواهر وغيرها ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأن القرض يقتضي رد المثل وما لا يضبط بالوصف لا مثل له، والثاني يجوز لأن ما لا مثل له يضمنه المستقرض بالقيمة **والجواهر** كغيرها في القيمة ولا يجوز إلاّ في مال معلوم القدر فإن أقرضه دراهم لا يعرف وزنها أو طعاماً لا يعرف كيله لم يجز لأن القرض يقتضي رد المثل فإذا لم يعلم القدر لم يمكن القضاء.

فصل: ويجوز استقراض **الجارية** لمن لا يحل له وطؤها كالبيع والهبة والمنصوص هو الأول لأنه **عقد إرفاق جائز من الطرفين** فلا يستباح به الوطء كالعارية، ويخالف البيع والهبة فإن الملك فيهما تام لأنه لو أراد كل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ لم يملك والملك في القرض غير تام، لأنه يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ فلو جوزنا فيمن يحل له وطؤها أدى إلى الوطء في ملك غير تام وذلك لا يجوز. وإن أسلم جارية في جارية ففيه وجهان: قال أبو إسحاق لا يجوز لأنا لا نأمن أن يطأها ثم يردها عن التي تستحق عليه فيصير كمن افترض جارية فوطئها ثم ردها. ومن أصحابنا من قال: يجوز وهو المذهب لأن كل عقد صح في العبد بالعبد صح في الجارية بالجارية كالبيع.

فصل: ولا يجوز قرض جر منفعة، مثل أن يقرضه ألفاً على أن يبني داره أو على

قوله: (**الجواهر**) هو جمع جوهر وهو ما له صفاء ولو شفاف كالياقوت واللؤلؤ والفيروزج وغير ذلك. قوله: (**عقد إرفاق**) أي يدخل فيه الرفق على المستقرض وهو النفع يقال رفقته أي نفعته قوله: (**جائز من الطرفين**) أي غير لازم من الجواز والاختيار الذي هو المضي والذهاب، وكذا قوله في جميع الكتاب يجوز ولا يجوز. هذا أصله قوله: (**الجارية**) أصلها الفتية من النساء يقال جارية بينة الجراية بالفتح والجراء. قال الأعشى:

والبيضُ قد عنست وطال جراؤها ونشأن في فنن وفي أذواد

أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه أو على أن يكتب له بها **سفتجة** يربح فيها خطر الطريق، والدليل عليه ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن سلف وبيع والسلف هو القرض في لغة أهل الحجاز، وروي عن أبي بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم أنهم نهوا عن قرض جر منفعة، ولأنه عقد إرفاق فإذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه، فإن شرط أن يرد عليه دون ما أقرضه ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأن مقتضى القرض رد المثل فإذا شرط النقصان عما أقرضه فقد شرط ما ينافي مقتضاه فلم يجز كما لو شرط الزيادة، والثاني يجوز لأن القرض جعل رفقاً بالمستقرض، وشرط الزيادة يخرج به عن موضوعه، فلم يجز وشرط النقصان لا يخرج به عن موضوعه فجاز، فإن بدأ المستقرض فزاده أو رد عليه ما هو أجود منه أو كتب له سفتجة أو باع منه داره جاز لما روى أبو رافع رضي الله عنه قال: استسلف رسول الله ﷺ من رجل بكراً فجاءته إبل الصدقة فأمرني أن أقضي الرجل بكراً فقلت: لم أجد في الإبل إلاّ جملاً **خياراً رباعياً**، فقال النبي ﷺ «أعطه فإن خياركم أحسنكم قضاء»[1] وروى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: كان لي على رسول الله ﷺ حق فقضاني وزادني فإن عرف لرجل عادة أنه إذا استقرض زاد في العوض ففي إقراضه وجهان: أحدهما لا يجوز إقراضه إلاّ أن

يروي بفتح الجيم وكسرها. وقولهم كان ذلك في أيام جرائها أي صباها. والأمة خلاف الحرة والجمع إماء وآم قال الشاعر:

محلةُ سوءٍ أهلَكَ الدهرُ أهلها فلم يبقَ فيها غيرُ آمٍ خوالفِ

ويجمع أيضاً على أمون. وأصل أمة أموة بالتحريك والنسبة إليها بالفتح وتصغيرها أمية.

قوله: (**سفتجة**) كلمة فارسية وهي رقعة يكتبها المقرض إلى من يقبض عنه عوض القرض في المكان الذي اشترطه وسماع أهل تهامة سفتجة بالضم، وذكر المطرزي في شرح مقامات الحريري السفتجة بضم السين وفتح التاء كلمة معربة، وأصلها بالفارسية سفتة ومثالها أن يكون للرجل مال مثلاً وهو يريد أن يذهب به إلى بلد، ويخاف عليه قطاع الطريق، فيدفعه إلى بائع مثلاً أو رجل له بذلك البلد دين على آخر، ويقول اكتب خطاً على ذلك الرجل بمالك عليه لآخذه منه، ثم إذا وصفوا رجلاً بأنه كتب رسالة ينتفع بها قالوا، كتبه سفاتج أي رائجة السفتجة، ثم كثر حتى قيل للوجه الطري سفتجة قوله: (**بكراً**) البكر الثني من الإبل، والأنثى بكرة والجمع بكار مثل فرخ وفراخ، وبكارة أيضاً مثل فحل وفحالة، وقال أبو عبيد البكر من الإبل بمنزلة الفتى من الناس، والبكرة بمنزلة الفتاة، والقلوص بمنزلة الجارية، والبعير بمنزلة الإنسان، والجمل بمنزلة الرجل، والناقة بمنزلة المرأة قوله: (**خياراً**) الخيار

---

(١) رواه مسلم في كتاب المساقاة حديث ١١٨ـ ١٢٠، ١٢٢.

يشترط رد المثل لأن المتعارف كالمشروط ولو شرط الزيادة لم يجز فكذلك إذ عرف بالعادة، والثاني أنه يجوز وهو المذهب وإن الزيادة مندوب إليها فلا يجوز أن يمنع ذلك صحة العقد، فإن شرط في العقد شرطاً فاسداً بطل الشرط، وفي القرض وجهان: أحدهما أنه يبطل لما روي أن النبي ﷺ قال: «كل قرض جر منفعة فهو رباً». ولأنه إنما أقرضه بشرط ولم يسلم الشرط فوجب أن لا يسلم القرض، والثاني أنه يصح لأن القصد منه الإرفاق فإذا زال الشرط بقي الإرفاق.

فصل: ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل لأن مقتضى القرض رد المثل، ولهذا يقال الدنيا قروض ومكافأة فوجب أن يرد المثل. وفيما لا مثل له وجهان: أحدهما يجب عليه القيمة لأن ما ضمن بالمثل إذا كان له مثل ضمن بالقيمة إذا لم يكن له مثل كالمتلفات، والثاني يجب عليه مثله في الخلقة والصورة لحديث أبي رافع أن النبي ﷺ أمره أن يقضي البكر بالبكر ولأن ما ثبت في الذمة بعقد السلم ثبت بعقد القرض قياساً على ماله مثل ويخالف المتلفات فإن المتلف متعد فلم يقبل منه إلاّ القيمة لأنها أحصر وهذا عقد أجيز للحاجة فقبل فيه مثل ما قبض كما قبل في السلم مثل ما وصف فإن اقترض الخبز وقلنا يجوز إقراض ما لا يضبط بالوصف ففي الذي يرد وجهان: أحدهما مثل الخبز، والثاني ترد القيمة، فعلى هذا إذا أقرضه الخبز وشرط أن يرد عليه الخبز ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأن مبناه على الرفق فلو منعناه من رد الخبز شق وضاق، والثاني لا يجوز لأنه إذا شرط صار بيع خبز بخبز وذلك لا يجوز.

فصل: إذا أقرضه دراهم بمصر ثم لقيه بمكة فطالبه بها لزمه دفعها إليه، فإن طالبه المستقرض بأن يأخذها وجب عليه أخذها لأنه لا ضرر عليه في أخذها، فوجب أخذها، فإن أقرضه طعاماً بمصر فلقيه بمكة فطالبه به لم يجبر على دفعه إليه لأن الطعام بمكة أغلى، فإن طالبه المستقرض بالأخذ لم يجبر على دفعه إليه لأن الطعام بمكة أغلى فإن طالبه المستقرض بالأخذ لم يجبر على أخذه لأن عليه مؤنة في حمله فإن تراضيا جاز لأن المنع لحقهما وقد رضيا جميعاً فإن طالبه بقيمة الطعام بمكة أجبر على دفعها لأنه بمكة كالمعدوم وماله مثل إذا عدم وجبت قيمته ويجب قيمته بمصر لأنه يستحقه بمصر، فإن أراد أن يأخذ عن بدل القرض عوضاً جاز لأن ملكه عليه مستقر فجاز أخذ العوض عنه كالأعيان المستقرة وحكمه في اعتبار القبض في المجلس حكم ما يأخذه بدلاً عن رأس مال السلم بعد الفسخ وقد بيناه والله أعلم.

الاسم من الاختيار ومعناه مختاراً ومعناه مختاراً رباعياً مخفف ولا يشدد فإذا رفعت قلت رباع مثل ثمان وهو الذي ألقى رباعيته وهي السن التي بين الثنية والناب.

كتاب الرهن

ويجوز الرهن على الدين في السفر لقوله عز وجل: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣] ويجوز في الحضر لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ رهن درعاً عند يهودي بالمدينة وأخذ منه شعيراً لأهله.

فصل: ولا يصح الرهن إلاّ من جائز التصرف في المال لأنه عقد على المال فلم يصح إلاّ من جائز التصرف في المال كالبيع.

فصل: ويجوز أخذ الرهن على دين السلم وعوض القرض للآية والخبر، ويجوز على الثمن والأجرة والصداق وعوض الخلع ومال الصلح وأرش الجناية وغرامة المتلف لأنه دين لازم فجاز أخذ الرهن عليه كدين السلم وبدل القرض ولا يجوز أخذه على دين الكتابة لأن الرهن إنما جعل ليحفظ عوض ما زال عنه ملكه من مال ومنفعة وعضو والمعوض في الكتابة هو الرقبة وهي باقية على ملكه لا يزول ملكه عنها إلا بالأداء فلا حاجة به إلى الرهن، ولأن الرهن إنما يعقد لتوثيق الدين حتى لا يبطل والمكاتب يملك أن يبطل الدين بالفسخ إذا شاء فلا يصح توثيقه. فأما مال الجعالة قبل العمل ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز أخذ الرهن به لأنه مال شرط في عقد لا يلزم فلا يجوز أخذ الرهن به كمال الكتابة، والثاني يجوز لأنه دين **يؤول إلى اللزوم** فجاز أخذ الرهن به كالثمن في مدة الخيار. وأما مال السبق والرمي ففيه قولان: أحدهما أنه كالاجارة فيجوز أخذ الرهن به، والثاني أنه كالجعالة فيكون على الوجهين. وأما العمل في الإجارة، فإنه إن كانت الإجارة على عمل الأجير فلا يجوز أخذ الرهن به لأن القصد بالرهن استيفاء الحق منه عند التعذر وعمله لا يمكن استيفاؤه من غيره، وإن كانت الإجارة على عمل في الذمة جاز أخذ الرهن به لأنه يمكن استيفاؤه من الرهن بأن يباع ويستأجر بثمنه من يعمل.

فصل: ويجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين، وهو أن يرهن بالثمن بعد البيع وبعوض القرض بعد القرض ويجوز عقده مع العقد على الدين، وهو أن يشترط الرهن في عقد البيع وعقد القرض لأن الحاجة تدعو إلى شرطه بعد ثبوته وحال ثبوته فأما شرطه قبل العقد فلا يصح لأن الرهن تابع للدين فلا يجوز شرطه قبله.

فصل: ولا يجوز أخذ الرهن على الأعيان كالمغصوب والمسروق والعارية

ومن كتاب الرهن

أصل الرهن في اللغة الثبوت والدوام يقال شيء راهن أي دائم، وكأن الرهن يقيم عند المرتهن حتى يستوفي حقه وجمعه رهن وأرهان. وعقد إرفاق أي نفع قوله: **(يئول إلى اللزوم)** أي يرجع يقال آل إذا رجع.

والمأخوذ على وجه اليوم لأنه إن رهن على قيمتها إذا تلفت لم يصح لأنه رهن على دين قبل ثبوته، وإن رهن على عينها لم يصح لأنه لا يمكن استيفاء العين من الرهن.

فصل: ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن، لأن العقد لحظه لاحظ فيه للراهن فجاز له فسخه إذا شاء، فأما من جهة الراهن فلا يلزم إلا بقبض، والدليل عليه قوله عز وجل ﴿فرهان مقبوضة﴾ فوصف الرهن بالقبض، فدل على أنه لا يلزم إلاّ به، ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول والقبض فلم يلزم من غير قبض كالهبة، فإن كان المرهون في يد الراهن لم يجز للمرتهن قبضه إلا بإذن الراهن لأن للراهن أن يفسخه قبل القبض فلا يملك المرتهن إسقاط حقه من غير إذنه فإن كان في يد المرتهن فقد قال في الرهن إنه لا يصير مقبوضاً بحكم الرهن إلاّ بإذن الراهن، وقال في الإقرار والمواهب إذا وهب له عيناً في يده صارت مقبوضة من غير إذن فمن أصحابنا من نقل جوابه في الرهن إلى الهبة، وجوابه في الهبة إلى الرهن فجعلهما على قولين: أحدهما لا يفتقر واحد منهما إلى الإذن في القبض لأنه لما لم يفتقر إلى نقل مستأنف لم يفتقر إلى إذن مستأنف، والثاني أنه يفتقر وهو الصحيح لأنه عقد افتقر لزومه إلى القبض، فافتقر القبض إلى الإذن، كما لو لم تكن العين في يده، وقولهم إنه لا يحتاج إلى نقل مستأنف لا يصح لأن النقل يراد ليصير في يده وذلك موجود والإذن يراد لتمييز قبض الهبة والرهن عن قبض الوديعة والغصب وذلك لا يحصل إلاّ بإذن. ومن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما فقال في الهبة لا يفتقر إلى الإذن، وفي الرهن يفتقر لأن الهبة عقد يزيل الملك فلم يفتقر إلى الإذن لقوته والرهن لا يزيل الملك فافتقر إلى الإذن فضعفه، والصحيح هو الطريق الأول لأن هذا الفرق يبطل به إذا لم تكن العين في يده فإنه يفتقر إلى الإذن في الرهن والهبة مع ضعف أحدهما وقوة الآخر فإن عقد على عين رهناً وإجارة وأذن له في القبض عن الرهن والإجارة صار مقبوضاً عنهما، فإن أذن له في القبض عن الإجارة دون الرهن لم يصر مقبوضاً عن الرهن لأنه لم يأذن له في قبض الرهن، فإن أذن له في القبض عن الرهن دون الإجارة صار مقبوضاً عنهما لأنه أذن له في قبض الرهن وقبض الإجارة لا يفتقر إلى الإذن لأنه مستحق عليه.

فصل: وإن أذن له في قبض ما عنده لم يصر مقبوضاً حتى يمضي زمان يتأتى فيه القبض، وقال في حرملة لا يحتاج إلى ذلك كما لا يحتاج إلى نقل والمذهب الأول لأن القبض إنما يحصل بالاستيفاء أو التمكين من الاستيفاء، ولهذا لو استأجر داراً لم يحصل له القبض في منافعها إلا بالاستيفاء أو بمضي زمان يتأتى فيه الاستيفاء فكذلك ههنا، فعلى

. . . .

هذا إن كان المرهون حاضراً فبأن يمضي زمان لو أراد أن ينقله أمكنه ذلك وإن كان غائباً فبأن يمضي هو أو وكيله ويشاهده ثم يمضي من الزمان ما يتمكن فيه من القبض. وقال أبو إسحاق إن كان مما ينتقل كالحيوان لم يصر مقبوضاً إلا بأن يمضي إليه لأنه يجوز أن يكون قد انتقل من المكان الذي كان فيه فلا يمكنه أن يقدر الزمان الذي يمكن المضي فيه إليه من موضع الإذن إلى موضع القبض فأما ما لا ينتقل فإنه لا يحتاج إلى المضي إليه بل يكفي أن يمضي زمان لو أراد أن يمضي ويقبض أمكنه، ومن أصحابنا من قال إن أخبره ثقة أنه باق على صفته ومضى زمان يتأتى فيه القبض صار مقبوضاً كما لو رآه وكيله ومضى زمان يتأتى فيه القبض والمنصوص هو الأول، وما قال أبو إسحاق لا يصح لأنه كما يجوز أن ينتقل الحيوان من مكان إلى مكان فلا يتحقق زمان الإمكان في غير الحيوان ويجوز أن يكون قد أخذ أو هلك، وما قال القائل الآخر من خبر **الثقة** لا يصح لأنه يجوز أن يكون بعد رؤية الثقة حدث عليه حادث فلا يتحقق إمكان القبض ويخالف الوكيل فإنه قائم مقامه فقام حضوره مقام حضوره والثقة بخلافه.

فصل: وإن أذن له في القبض ثم رجع لم يجز أن يقبض لأن الإذن قد زال فعاد كما لو لم يأذن له، وإن أذن له أو أغمي عليه لم يجز أن يقبضه لأنه خرج عن أن يكون من أهل الإذن ويكون الإذن في القبض إلى من ينظر في ماله، فإن رهن شيئاً ثم تصرف فيه قبل أن يقبضه نظرت؛ فإن باعه أو جعله مهراً في نكاح أو أجرة في إجارة أو وهبه وأقبضه أو رهنه وأقبضه، أو كان عبداً فكاتبه أو أعتقه انفسخ الرهن لأن هذه التصرفات تمنع الرهن فانفسخ بها الرهن، فإن دبره فالمنصوص في الأم أنه رجوع، وقال الربيع فيه قول آخر أنه لا يكون رجوعاً وهذا من تخريجه ووجهه أنه يمكن الرجوع في التدبير فإذا دبره أمكنه أن يرجع فيه فيقبضه في الرهن ويبيعه في الدين والصحيح هو الأول لأن المقصود بالتدبير هو العتق وذلك ينافي الرهن فجعل رجوعاً كالبيع والكتابة، فإن رهن ولم يقبض أو وهب ولم يقبض كان ذلك رجوعاً على المنصوص لأن المقصود منه ينافي الرهن، وعلى تخريج الربيع لا يكون رجوعاً لأنه يمكنه الرجوع فيه وإن كان المرهون جارية فزوجها لم يكن ذلك رجوعاً، لأن التزويج لا يمنع الرهن فلا يكون رجوعاً في الرهن، وإن كان داراً فأجرها نظرت؛ فإن كانت الإجارة إلى مدة تنقضي قبل محل الدين لم يكن رجوعاً لأنها لا تمنع البيع عند المحل فلم ينفسخ بها كالتزويج، وإن كانت إلى مدة يحل الدين قبل انقضائها، فإن قلنا إن المستأجر يجوز بيعه لم يكن رجوعاً لأنه لا يمنع البيع عند المحل، وإن قلنا لا يجوز بيعه كان رجوعاً لأنه تصرف ينافي مقتضى الرهن فجعل رجوعاً كالبيع.

قوله: **(ثقة)** أي أمين وثقت به أثق إذا ائتمنته، وكذا الوثيقة فعيلة من هذا لأنه يأمن بها

فصل: وإن مات أحد المتراهنين فقد قال في الرهن: إذا مات المرتهن لم ينفسخ وقال في التفليس: إذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن فمن أصحابنا من جعل ما قال في التفليس قولاً آخر أن الرهن ينفسخ بموت الراهن، ونقل جوابه فيه إلى المرتهن وجوابه في المرتهن إليه وجعلهما على قولين: أحدهما ينفسخ بموتهما لأنه عقد لا يلزم بحال فانفسخ بموت العاقد كالوكالة والشركة، والثاني لا ينفسخ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار، ومنهم من قال يبطل بموت الراهن ولا يبطل بموت المرتهن لأن بموت الراهن بحل الدين ويتعلق بالتركة فلا حاجة إلى بقاء الرهن، وبموت المرتهن لا يحل الدين فالحاجة باقية إلى بقاء الرهن، ومنهم من قال لا يبطل بموت واحد منهما قولاً واحداً لأنه إذا لم يبطل بموت المرتهن على ما **نص عليه** والعقد غير لازم في حقه بحال فلأن لا يبطل بموت الراهن والعقد لازم له بعد القبض أولى، وما قال في التفليس لا حجة فيه لأنه لم يرد أن الرهن ينفسخ وإنما أراد أنه إذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن من غير إذن الورثة.

فصل: إذا امتنع الراهن من تسليم الرهن أو انفسخ العقد قبل القبض نظرت؛ فإن كان الرهن غير مشروط في العقد على البيع بقي الدين بغير رهن، وإن كان الرهن مشروطاً في البيع ثبت للبائع الخيار بين أن يمضي البيع من غير رهن أو يفسخه لأنه دخل في البيع بشرط أن يكون له بالثمن وثيقة ولم تسلم له فثبت له الخيار بين الفسخ والإمضاء.

فصل: إذا أقبض الراهن الرهن لزم العقد من جهته ولا يملك فسخه لأنه عقد وثيقة فإذا تم لم يجز فسخه من غير رضا من له الحق كالضمان ولأنا لو جوزنا له الفسخ من غير رضا المرتهن بطلت الوثيقة وسقط فائدة الرهن.

فصل: **ولا ينفك من الرهن** شيء حتى يبرأ الراهن من جميع الدين لأنه وثيقة محضة فكان وثيقة بالدين وبكل جزء منه كالشهادة والضمان، فإن رهن اثنان عند رجل

على استيفاء دينه قوله: **(يحل الدين)** بالكسر يقال حل الدين يحل بالكسر حلولاً، والموضع المحل، ومحل الدين أيضاً أجله، ومنه «حتى يبلغ الهدي محله» أي موضع نحره. وحل بالمكان يحل بالضم حلاً وحلولاً ومحلاً. والمحل أيضاً المكان الذي يحله بالفتح. قوله: **(نص عليه)** والمنصوص في جميع الكتاب كله بمعنى المرفوع يقال نص الحديث أي رفعه، وأسنده ومنه منصة العروس لارتفاعها فكأنه رفعه حتى بان وظهر، قال امرؤ القيس:

وجيدٌ كجيدِ الريم ليس بفاحشٍ ... إذا هي نصته ولا بمعطل

وقيل إنه أقصى البيان من قولهم نصصت الناقة أي استخرجت أقصى ما عندها من السير كأنه استقصاء بيانه قوله: **(ولا ينفك من الرهن)** أي لا يتخلص. فككت الشيء

عيناً بينهما بدين له عليهما فبريء أحدهما أو رهن رجل عند اثنين عيناً بدين عليه لهما فبريء من دين أحدهما إنفك نصف العين من الرهن لأن الصفقة إذا حصل في **أحد شطريها** عاقدان فهما عقدان فلا يقف الفكاك في أحدهما على الفكاك في الآخر كما لو فرق بين العقدين، وإن أراد الراهنان في المسألة الأولى أن يقتسما أو الرهن في **المسألة** الثانية أن يقاسم المرتهن الذي لم يبرأ من دينه نظرت؛ فإن كان مما لا ينقص قيمته بالقسمة كالحبوب جاز ذلك من غير رضا المرتهن، وإن كان مما ينقص قيمته ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز من غير رضا المرتهن لأنه يدخل عليه بالقسمة ضرر فلم يجز من غير رضاه، والثاني يجوز لأن المرهون عنده نصف العين فلا يملك الاعتراض على المالك فيما لا حق له فيه.

فصل: وإذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيباً كان قبل القبض نظرت؛ فإن كان في رهن عقد بعد عقد البيع لم يثبت له الخيار في فسخ البيع، وإن كان في رهن شرط في البيع فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يمضيه لأنه دخل في البيع بشرط أن يسلم له الرهن فإذا لم يسلم له ثبت له الخيار، فإن لم يعلم بالعيب حتى هلك الرهن عنده أو حدث به عيب عنده لم يملك الفسخ لأنه لا يمكنه رد العين على الصفة التي أخذ فسقط حقه من الفسخ كما قلنا في المبيع إذا هلك عند المشتري أو حدث به عيب عنده ولا يثبت له الأرش، لأن الأرش بدل عن الجزء الفائت، ولو فات الرهن بالهلاك لم يجب بدله فإذا فات بعضه لم يجب بدله، والله أعلم.

باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز

ما لا يجوز بيعه كالوقف وأم الولد والكلب والخنزير لا يجوز رهنه لان المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه، وهذا لا يوجد فيمالا يجوز بيعه فلم يصح رهنه.

فصل: وما يسرع إليه الفساد من الأطعمة والفواكه الرطبة التي لا يمكن استصلاحها يجوز رهنه بالدين الحال والمؤجل الذي يحل قبل فساده لأنه يمكن بيعه واستيفاء الحق من ثمنه، فأما ما رهنه بدين مؤجل إلى وقت يفسد قبل محله فإنه ينظر فيه؛ فإن شرط أن يبيعه إذا خاف عليه الفساد جاز رهنه وإن أطلق ففيه قولان: أحدهما لا يصح وهو الصحيح لأنه لا يمكن بيعه بالدين في محله فلم يجز رهنه كأم الولد، والثاني يصح وإذا خيف عليه أجبر على بيعه ويجعل ثمنه رهناً لأن مطلق العقد يحمل على المتعارف ويصير كالمشروط والمتعارف فيما يفسد أن يباع قبل فساده فيصير كما لو شرط ذلك ولو شرط ذلك جاز رهنه فكذلك إذا أطلق فإن رهن ثمرة يسرع إليها الفساد مع الشجر ففيه طريقان:

خلصته. وكل شيئين خلصتهما فقد فككتهما قوله: (**في أحد شطريها**) الشطر النصف ههنا.

من أصحابنا من قال فيه قولان كما لو أفرده بالعقد، ومنهم من قال يصح قولاً واحداً لأنه تابع للشجر فإذا هلكت الثمرة بقيت الشجرة.

فصل: وإن علق عتق عبد على صفة توجد قبل محل الدين لم يجز رهنه لأنه لا يمكن بيعه في الدين، وقال أبو علي الطبري رحمه الله إذا قلنا يجوز رهن ما يسرع إليه الفساد جاز رهنه، وإن علق عتقه على صفة يجوز أن توجد قبل محل الدين ويجوز أن لا توجد ففيه قولان: أحدهما يصح لأن الأصل بقاء العقد وإمكان البيع ووقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه فلا يمنع صحة الرهن كجواز الموت في الحيوان المرهون، والثاني لا يصح لأنه قد توجد الصفة قبل محل الدين فلا يمكن بيعه وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة الرهن.

فصل: واختلف أصحابنا في المدبر فمنهم من قال لا يجوز رهنه قولاً واحداً لأنه **قد يموت المولى فجأة** فيعتق فلا يمكن بيعه وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة الرهن، ومنهم من قال يجوز قولاً واحداً لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالعبد القن، ومنهم من قال فيه قولان بناء على القولين في أن التدبير وصية أو عتق بصفة. فإن قلنا إنه وصية جاز رهنه لأنه يجوز الرجوع فيه بالقول فجعل الرهن رجوعاً إن قلنا إنه عتق بصفة لم يجز رهنه لأنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول وإنما يجوز الرجوع فيه بتصرف يزيل الملك والرهن لا يزيل الملك. قال أبو إسحاق: إذا قلنا إنه يصح رهنه فحل الحق وقضى سقط حكم الرهن وبقي العبد على تدبيره، وإن لم يقض قيل له أترجع في الدبير فإن اختار الرجوع بيع العبد في الرهن، وإن لم يختر فإن كان له مال غيره قضي منه الدين ويبقى العبد على التدبير، وإن لم يكن له مال غيره ففيه وجهان: أحدهما أنه يحكم بفساد الرهن لأنا إنما صححنا الرهن لأنا قلنا لعله يقضي الدين من غيره أو يرجع في التدبير فإذا لم يفعل حكمنا بفساد الرهن والثاني أنه يباع في الدين وهو الصحيح لأنا حكمنا بصحة الرهن ومن حكم الرهن أن يباع في الدين وما سوى ذلك من الأموال كالعقار والحيوان وسائر ما يباع يجوز رهنه لأنه يحصل به مقصود الرهن وما جاز رهنه جاز رهن البعض منه مشاعاً لأن المشاع كالمقسوم في جواز البيع فكان كالمقسوم في جواز الرهن، فإن كان بين رجلين دار فرهن أحدهما نصيبه من بيت بغير إذن شريكه ففيه وجهان: أحدهما يصح كما يصح بيعه، والثاني لا يصح لأن فيه إضراراً بالشريك بأن يقتسما فيقع هذا البيت في حصته فيكون بعضه رهناً.

قوله: **(قد يموت المولى فجأة)** أي بغتة وقد ذكر يقال لجأ الأمر إذا بغته، وفجأة أيضاً بالفتح والكسر وقد ذكر، والعقار الأرض والنخل.

فصل: ولا يجوز رهن مال الغير بغير إذنه لأنه لا يقدر على تسليمه ولا على بيعه في الدين فلم يجز رهنه كالطير الطائر والعبد الآبق، فإن كان في يده مال لمن يرثه وهو يظن أنه حي فباعه أو رهنه ثم بان أنه قد مات قبل العقد فالمنصوص أن العقد باطل لأنه عقد وهو لاعب فلم يصح، ومن أصحابنا من قال: يصح لأنه صادف ملكه فأشبه إذا عقد وهو يعلم أنه ميت.

فصل: وإن رهن مبيعاً لم يقبضه نظرت؛ فإن رهنه قبل أن ينقد ثمنه لم يصح الرهن لأنه محبوس بالثمن فلا يملك رهنه كالمرهون، فإن رهنه بعد نقد الثمن ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح في المبيع قبل القبض كالبيع، والثاني يصح وهو المذهب لأن الرهن لا يقتضي الضمان فجاز فيما لم يدخل في ضمانه بخلاف البيع.

فصل: وفي رهن الدين وجهان: أحدهما يجوز لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالعين، والثاني لا يجوز لأنه لا يدري هل يعطيه أم لا وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد.

فصل: ولا يجوز رهن المرهون من غير إذن المرتهن لأن ما استحق بعقد لازم لا يجوز أن يعقد عليه مثله من غير إذن من له الحق كبيع ما باعه وإجارة ما أجره، وهل يجوز رهنه بدين آخر عند المرتهن فيه قولان: قال في القديم يجوز وهو اختيار المزني لأنه إذا جاز أن يكون مرهوناً بألف ثم يصير مرهوناً بخمسمائة جاز أن يكون مرهوناً بخمسمائة ثم يصير مرهوناً بألف. وقال في الجديد لا يجوز لأنه رهن مستحق بدين فلا يجوز رهنه بغيره كما لو رهنه عند غير المرتهن، فإن جنى العبد المرهون ففداه المرتهن وشرط على الراهن أن يكون رهناً بالدين والأرش ففيه طريقان: من أصحابنا من قال هو على القولين ومنهم من قال: يصح ذلك قولاً واحداً. والفرق بين الأرش وبين سائر الديون أن الأرش متعلق بالرقبة، فإذا رهنه به فقد علق بالرقبة ما كان متعلقاً بها وغيره لم يكن متعلقاً بالرقبة فلم يجز رهنه به، ولأن في الرهن بالأرش مصلحة للراهن في حفظ ماله وللمرتهن في حفظ وثيقته وليس في رهنه بدين آخر مصلحة ويجوز للمصلحة ما لا يجوز لغيرها والدليل عليه أنه يجوز أن يفتدي للعبد بقيمته في الجناية ليبقى عليه وإن كان لا يجوز أن يشتري ماله بماله.

فصل: وفي رهن العبد الجاني قولان واختلف أصحابنا في موضع القولين على ثلاث طرق: فمنهم من قال القولان في العمد فأما في جناية الخطأ فلا يجوز قولاً واحداً،

. . . .

ومنهم من قال القولان في جناية الخطأ فأما في جناية لاعمد فيجوز قولاً واحداً، ومنهم من قال القولان في الجميع وقد بينا وجوههما في البيع.

فصل: ولا يجوز رهن ما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والطير الطائر لأنه لا يمكن تسليمه ولا بيعه في الدين فلم يصح رهنه.

فصل: وما لا يجوز بيعه من المجهول لا يجوز رهنه لأن الصفات مقصودة في الرهن للوفاء بالدين كما أنها مقصودة في البيع للوفاء بلاثمن فإذا لم يجز بيع المجهول وجب أن لا يجوز رهن المجهول.

فصل: وفي رهن الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع قولان: أحدهما لا يصح لأنه عقد لا يصح فيما لا يقدر على تسليمه فلم يجز في الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع كالبيع، والثاني أنه يصح لأنه إن كان بدين حال فمقتضاه أن تؤخذ لتباع فيأمن أن تهلك بالعاهة وإن كان بدين مؤجل فتلفت الثمرة لم يسقط دينه وإنما تبطل وثيقته، والغرر في بطلان الوثيقة مع بقاء الدين قليل فجاز بخلاف البيع فإن العادة فيه أن يترك إلى أوان الجذاذ فلا يأمن أن يهلك بعاهة فيذهب الثمن ولا يحصل المبيع فيعظم الضرر فلم يجز من غير شرط القطع.

فصل: وإن كان له أصول تحمل في السنة مرة بعد أخرى كالتين والقثاء فرهن الحمل الظاهر فإن كان بدين يستحق فيه بيع الرهن قبل أن يحدث الحمل الثاني ويختلط به جاز لأنه يأمن الغرر بالاختلاط، وإن كان بدين لا يستحق البيع فيه إلاّ بعد حدوث الحمل الثاني واختلاطه به نظرت؛ فإن شرط أنه إذا خيف الاختلاط قطعه جاز لأنه منع الغرر بشرط القطع، وإن لم يشترط القطع ففيه قولان: أحدهما أن العقد باطل لأنه يختلط بالمرهون غيره فلا يمكن إمضاء العقد على مقتضاه، والثاني أنه صحيح لأنه يمكن الفصل عند الاختلاط بأن يسمح الراهن بترك ثمرته للمرتهن، أو ينظركم كان المرهون فيحلف عليه ويأخذ ما زاد فإذا أمكن إمضاء العقد لم يحكم ببطلانه.

فصل: ويجوز أن يرهن الجارية دون ولدها لأن الرهن لا يزيل الملك فلا يؤدي إلى التفريق بينهما، فإن حل الدين ولم يقبضه بيعت الأم والولد ويقسم الثمن عليهما فما قابل الأم تعلق به حق المرتهن في قضاء دينه، وما قابل الولد يكون للراهن لا يتعلق به حق المرتهن.

فصل: وفي جواز رهن المصحف وكتب الأحاديث والعبد المسلم عند الكافر طريقان: قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد: فيه قولان كالبيع أحدهما يبطل، والثاني

. . . .

يصح ويجبر على تركه في يد مسلم. وقال أبو علي الطبري في الإفصاح يصبح الرهن قولاً واحداً ويجبر على تركه في يد مسلم ويفارق البيع بأن البيع ينتقل الملك فيه إلى الكافر وفي الرهن المرهون باق على ملك المسلم.

فصل: فإن شرط في الرهن شرطاً ينافي مقتضاه مثل أن يقول رهنتك على أن لا أسلمه أو على أن لا يباع في الدين أو على أن منفعته لك أو على أن ولده لك فالشرط باطل لقوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ولو كان مائة شرط»[(١)] وهل يبطل الرهن ينظر فيه، فإن كان الشرط نقصاناً في حق المرتهن كالشرطين الأولين فالعقد باطل لأنه يمنع المقصود فأبطله، وإن كان زيادة في حق المرتهن كالشرطين الآخرين ففيه قولان: أحدهما يبطل الرهن وهو الصحيح لأنه شرط فاسد قارن العقد فأبطله كما لو شرط نقصاناً في حق المرتهن، والثاني أنه لا يبطل لأنه شرط جميع أحكامه وزاد فبطلت الزيادة وبقي العقد بأحكامه فإذا قلنا إن الرهن يبطل فإن كان الرهن مشروطاً في بيع فهل يبطل البيع فيه قولان: أحدهما أنه لا يبطل لأنه يجوز شرطه بعد البيع، وما جاز شرطه بعد تمام العقد لم يبطل العقد بفساده كالصداق في النكاح، والثاني أنه يبطل وهو الصحيح لأن الرهن يترك لأجله جزء من الثمن فإذا بطل الرهن وجب أن يضم إلى الثمن الجزء الذي ترك لأجله وذلك مجهول والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولاً فيصير الثمن مجهولاً والجهل بالثمن يفسد البيع.

فصل: ويجوز أن يجعل الرهن في يد المرتهن ويجوز أن يجعل في يد عدل لأن الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه من ذلك، فإن كان المرهون أمة لم توضع إلاّ عند امرأة وعنده محرم لها أو عند من له زوجة لقوله ﷺ: «لا يخلون أحدكم بامرأة **ليست له بمحرم** فإن ثالثهما الشيطان»[(٢)] فإن جعل الرهن على يد عدل ثم أراد أحدهما أن ينقله إلى غيره لم يكن له ذلك لأنه حصل عند العدل برضاهما فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقله، فإن اتفقا على النقل إلى غيره جاز لأن الحق لهما وقد رضيا فإن مات العدل أو اختل فاختلف الراهن والمرتهن فيمن يكون عنده أو مات المرتهن أو اختل والرهن عنده فاختلف الراهن ومن ينظر في مال المرتهن فيمن يكون الرهن عنده رفع الأمر إلى الحاكم فيجعله عند

قوله: **(ليست بمحرم)** أي ليست بمحرمة عليه على يد عدل أي رضي ومقنع، وأصل

---

(١) رواه البخاري في كتاب الشروط باب ١٧، ١٠. النسائي في كتاب الطلاق باب ٣١. أحمد في مسنده (٦/ ١٨٣).

(٢) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ١١١، ١١٢. مسلم في كتاب الحج حديث ٤٢٤. الترمذي في كتاب الرضاع باب ١٦. أحمد في مسنده (١/ ٢٢٢).

عدل، فإن جعلا الرهن على يد عدلين فأراد أحد العدلين أن يجعل الجميع في يد الآخر ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأن ما جعل إلى اثنين لم يجز أن ينفرد به أحدهما كالوصية، والثاني يجوز لأن في اجتماع الاثنين على حفظه مشقة فعلى هذا إن اتفقا على أن يكون في يد أحدهما جاز، وإن تشاحا نظرت؛ فإن كان مما لا ينقسم جعل في حرز لهما، وإن كان مما ينقسم جاز أن يقتسما فيكون عند كل واحد منهما نصفه فإن اقتسما ثم سلم أحدهما حصته إلى الآخر ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه لو سلم إليه قبل القسمة جاز فكذلك بعد القسمة، والثاني لا يجوز لأنهما لما اقتسما صار كل واحد منهما منفرداً بحصته فلا يجوز أن يسلم ذلك إلى غيره كما لو جعل في يد كل واحد منهما نصفه والله أعلم.

باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل وما يملكه الراهن وما لا يملكه

ما يحدث من عين الرهن من **النماء المتميز** كالشجر والثمر واللبن والولد والصوف والشعر لا يدخل في الرهن لما روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «**لا يغلق الرهن** الرهن من راهنه الذي رهنه له **غنمه وعليه غرمه**»[1] والنماء من الغنم فوجب أن يكون له، وعن ابن عمر وأبي هريرة مرفوعاً الرهن مجلوب ومركوب ومعلوم، أنه لم يرد أنه مجلوب ومركوب للمرتهن فدل على أنه أراد به مجلوب ومركوب للراهن

العدل ضد الجور عدل في القيمة فهو عادل قوله: (**النماء المتميز**) النماء الزيادة. نما الشيء ينمى نماء ونمواً، وربما قالوا ينمو بالواو. والمتميز الذي لا يخلط بغيره. مزت الشيء أميزه ميزاً إذا عزلته وفرزته، قوله: (**لا يغلق الرهن**) فيه ثلاث تأويلات: أحدها لا يأخذه المرتهن بدينه إذا قضاه من غيره انفك؛ والثاني أنه لا يسقط الحق بتلفه، والثالث أن لا ينغلق حتى لا يكون للراهن فكه عن الرهن بل له فكه بأن يقضي الحق. قال زهير:

وفارقتك برهن لا وفاء له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

ومعنى لا يغلق أي لا يستغلق فلا يفك أي لا يطلق بعد ذلك من الرهن من غلق الباب وانغلق واستغلق إذا عسر فتحه. والغلق ضد الفك ذكره الأزهري قوله: (**الرهن من راهنه**) أي عليه ضمانه. قال الشافعي رحمه الله: هذا أبلغ كلمة للعرب يقولون هذا الشيء من فلان يريدون من ضمانه. وقيل من ههنا بمعنى لام الملك كقول الشاعر:

أمن آل ليلى عرفت الديارا بجنب العقيق خلاء قفارا

قوله: (**له غنمه وعليه غرمه**) غنمه أي منافعه جعل ذلك الغنيمة. يقال غنم القوم غنماً

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الرهون باب ٣. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ١٣.

ولأنه عقد لا يزيل الملك فلم يسر إلى النماء المتميز كالإجارة، فإن رهن نخلاً على أن ما يتميز داخل في الرهن أو ماشية على أن ما تنتج داخل في الرهن فالمنصوص في الأم أن الشرط باطل. وقال في الأمالي القديمة لو قال قائل إن الثمرة والنتاج يكون رهناً كان مذهباً ووجهه أنه تابع للأصل فجاز أن يتبعه كأساس الدار والمذهب الأول وهذا مرجوع عنه لأنه رهن مجهول ومعدوم فلم يصح بخلاف أساس الدار فإنه موجود ولكنه شق رؤيته فعفى عن الجهل به، وأما النماء الموجود في حال العقد ينظر فيه؛ فإن كان شجراً فقد قال في الرهن لا يدخل فيه وقال في البيع يدخل، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق وقد بيناها في البيوع، وإن كان ثمراً نظرت؛ فإن كان ظاهراً كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار لم يدخل في الرهن لأنه إذا لم يدخل ذلك في البيع وهو يزيل الملك فلأن لا يدخل في الرهن وهو لا يزيل الملك أولى. وإن كن ثمراً غير ظاهر كالطلع الذي لم يؤبر وما أشبهه من الثمار ففيه من أصحابنا من قال فيه قولان: أحدهما يدخل فيه قياساً على البيع، والثاني لا يدخل فيه وهو الصحيح لأنه لما لم يدخل فيه ما يحدث بعد العقد لم يدخل الموجود حال العقد، ومنهم من قال لا يدخل فيه قولاً واحداً ويخالف البيع فإن في البيع ما يحدث بعد العقد ملك للمشتري والحادث بعد العقد لا حق للمرتهن فيه، ولأن البيع يزيل الملك فيدخل فيه النماء والرهن لا يزيل الملك فلم يدخل فيه. واختلف أصحابنا في ورق التوت **والآس وأغصان الخلاف** فمنهم من قال: هو كالورق والأغصان من سائر الأشجار فيدخل في الرهن ومنهم من قال: إنها كالثمار من سائر الأشجار فيكون حكمها حكم الثمار. وإن كان النماء صوفاً أو لبناً فالمنصوص أنه لا يدخل في العقد، وقال الربيع في الصوف قول آخر إنه يدخل فمن أصحابنا من قال فيه قولان، ومنهم من قال لا يدخل قولاً واحداً وما قاله الربيع من تخريجه.

فصل: ويملك الراهن التصرف في منافع الرهن على وجه لا ضرر فيه على المرتهن كخدمة العبد وسكنى الدار وركوب الدابة وزراعة الأرض لقوله ﷺ «الرهن مجلوب ومركوب»، ولأنه لم يدخل في العقد ولا يضر بالمعقود له فبقي على ملكه وتصرفه كخدمة الأمة المزوجة ووطء الأمة المستأجرة، وله أن يستوفي ذلك بالإجارة والإعارة. وهل له أن يستوفي ذلك بنفسه؟ قال في الأم: له ذلك. وقال في الرهن الصغير: لا يجوز. فمن أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما لا يجوز لأنه لا يأمن أن يجحد فيبطل حق المرتهن، والثاني يجوز وهو الصحيح لأن كل منفعة جاز أن يستوفيها بغيره جاز أن

بالضم. وغرمه ضمان ما يتلف منه والغرم ما لزم أداؤه من الدين وغيره، والغريم الذي عليه الدين، وهو الذي له الدين أيضاً قوله: **(الآس وأغصان الخلاف)** الآس الهدس. والخلاف

يستوفيها بنفسه كمنفعة غير المرهون، ودليل القول الأول يبطل به إذا أكراه من غيره فإنه لا يؤمن أن يجحد ثم يجوز، ومنهم من قال إن كان الراهن ثقة جاز لأنه يؤمن أن يجحد وإن كان غير ثقة لم يجز لأنه لا يؤمن أن يجحد وحمل القولين على هذين الحالين.

فصل: وأما ما فيه ضرر بالمرتهن، فإنه لا يملك لقوله ﷺ «لا ضرر ولا إضرار»(١) فإن كان المرهون مما ينقل فأراد أن ينتفع به في السفر أو يكريه ممن يسافر به، لم يجز لأن أمن السفر لا يوثق به فلا يؤمن أن يؤخذ فيه فيدخل على المرتهن الضرر. وإن كان ثوباً لم يملك لبسه لأنه ينقص قيمته، وإن كان أمة لم يملك تزويجها لأنه ينقص قيمتها. وهل يجوز وطؤها ينظر؛ فإن كانت ممن تحبل لم يجز وطؤها لأنه لا يؤمن أن تحبل فتنقص قيمتها وتبطل الوثيقة باستيلادها، وإن كانت ممن لا تحبل لصغر أو كبر ففيه وجهان: قال أبو إسحاق: يجوز وطؤها لأنا قد أمنا الضرر بالإحبال، وقال أبو علي بن أبي هريرة: لا يجوز لأن السن الذي لا تحبل فيه لا يتميز عن السن الذي تحبل فيه مع اختلاف الطباع فمنع من الجميع كما قلنا في شرب الخمر لما لم يتميز ما يسكر مما لا يسكر مع اختلاف الطباع في السكر حرم الجميع، فإذا منعنا من الوطء منعنا من الاستخدام، لأنه لا يؤمن أن يطأها، وإذا لم يمنع من الوطء جاز الاستخدام، فإن كان أرضاً فأراد أن يغرس فيها أو يبني لم يجز لأنه يراد للبقاء وينقص به قيمة الأرض عند القضاء، فإذا خالف وغرس أو بنى والدين مؤجل لم يقلع في الحال لأنه يجوز أن يقضي الدين من غير الأرض وربما لم تنقص قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن الدين فلا يجوز الإضرار بالراهن في الحال لضرر متوهم بالمرتهن في ثاني الحال، فإن حل الدين ولم يقض وعجزت قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن قدر الدين قلع، فإن أراد أن يزرع ما يضر بالأرض لم يجز، وإن لم يضر بالأرض نظرت، فإن كان يحصد قبل محل الدين جاز، وإن كان لا يحصد إلا بعد محل الدين ففيه قولان: أحدهما لا يجوز لأنه ينقص قيمة الأرض فيستضر به المرتهن، والثاني يجوز لأنه ربما قضاه الدين من غير الأرض، وربما وفت قيمة الأرض مع الزرع بالدين فلا يمنع منه في الحال، وإن أراد أن يؤجر إلى مدة يحل الدين قبل انقضائها لم يجز له، لأنه ينقص قيمة الأرض وقال أبو علي الطبري رحمه الله: فيها قولان كزراعة ما لا يحصد قبل محل الدين، وإن كان فحلاً **وأراد أن ينزيه**

شجر طيب يستخرج منه ماء طيب مثل ماء الورد وتؤخذ أغصانه فتجعل طيباً كالهدس قوله: **(وأراد أن ينزيه)** النزو الوثب لأن الفحل يثب على ظهر البهيمة للضراب، قوله: **(كودج الدابة**

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الأحكام باب ١٧. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ٣١. أحمد في مسنده (٣٢٧/٥).

على الإناث، جاز لأنه انتفاع لا ضرر فيه على المرتهن فلم يمنع منه كالركوب، فإن كان أنثى أراد أن ينزي عليها الفحل نظرت؛ فإن كانت تلد قبل محل الدين جاز لأنه لا ضرر على المرتهن، وإن كان الدين يحل قبل ولادتها وقبل ظهور الحمل بها جاز لأنه يمكن بيعها، وإن كان يحل بعد ظهور الحمل، فإن قلنا إن الحمل لا حكم له جاز لأنه يباع معها، وإن قلنا له حكم لم يجز لأنه خارج من الرهن فلا يمكن بيعه مع الأم ولا يمكن بيع الأم دونه فلم يجز.

فصل: ويملك الراهن التصرف في عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن **كودج الدابة وتبزيغها** وفصد العبد وحجامته، لأنه إصلاح مال من غير إضرار بالمرتهن، وإن أراد أن يختن العبد فإن كان كبيراً لم يجز لأنه يخاف منه عليه، وإن كان صغيراً نظرت، فإن كان في وقت **يندمل الجرح** فيه قبل حلول الدين جاز، وإن كان في وقت يحل الدين قبل اندمال جرحه لم يجز لأنه ينقص ثمنه، وإن كانت به أكلة يخاف من تركها ولا يخاف من قطعها جاز أن يقطع وإن كان يخاف من تركها ويخاف من قطعها لم يجز قطعها لأنه جرح يخاف عليه منه فلم يجز كما لو أراد أن يجرحه من غير أكلة، وإن كانت ماشية فأراد أن يخرج منها في طلب **الكلأ** فإن كان الموضع مخصباً لم يجز له ذلك لأنه يغرر به من غير حاجة، وإن كان الموضع مجدباً جاز له، لأنه موضع ضرورة، وإن اختلفا في موضع النجعة فاختار الراهن جهة واختار المرتهن أخرى قدم اختيار الراهن لأنه يملك العين والمنفعة وليس للمرتهن إلا حق الوثيقة فكان تقديم اختياره أولى، وإن كان الرهن عبداً فأراد تدبيره جاز لأنه يمكن بيعه في الدين، فإن دبره وحل الدين فإن كان له مال غيره لم يكلف بيع المدبر، وإن لم يكن له مال غيره بيع منه بقدر الدين وبقي الباقي على التدبير وإن استغرق الدين جميعه بيع الجميع.

وتبزيغها) الودع للدابة بمنزلة الفصد للإنسان. والودج عرق في العنق، وهما ودجان بفتح الدال عرقان غليظان في جانبي العنق ويقال لهما أيضاً الوريدان. وقد ودج دابته يدجها ودجاً إذا شق ودجها وأخرج دمها. والتبزيغ يقال بزغ البيطار الدابة شرط، والمبزغ المشرط قال الأعشي:

كبزغ البيطر الثقف رهص الكودان

والبزغ الشق ومنه بزغت الشمس وهو يشق الرهصة والرهصة أن يداوي باطن حافر الدابة من حجارة تطؤها مثل الوقرة. يقال رهصت الدابة بالكسر رهصاً فهي مرهوصة ورهيص قوله: **(يندمل الجرح)** اندمل الجرح بريء وعلت عليه جلبة للبرء. والأكلة علة يحدث منها جرح يتآكل منه اللحم ويتزايد في الصحيح نسأل الله تعالى العافية قوله: **(الكلأ)** مهموز مقصود هو المرعى والعشب، وقد أكلأت الأرض فهي مكلئة. والنجعة بالضم طلب الكلأ

فصل: ولا يملك التصرف في العين بما فيه ضرر على المرتهن لقوله ﷺ **«لا ضرر ولا إضرار»**[١] فإن باعه أو وهبه أو جعله مهراً في نكاح أو أجره في إجارة أو كان عبداً فكاتبه لم يصح لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير يبطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن بنفسه كالفسخ، وإن أعتقه ففيه ثلاثة أقوال: أحدها يصح لأنه عقد لا يزيل الملك فلم يمنع صحة العتق كالإجارة. والثاني أنه لا يصح لأنه قول يبطل الوثيقة من عين الرهن فلم يصح من الراهن بنفسه كالبيع، والثالث وهو الصحيح أنه إن كان موسراً صح وإن كان معسراً لم يصح، لأنه عتق في ملكه يبطل به حق غيره، فاختلف فيه الموسر والمعسر كالعتق في العبد المشترك بينه وبين غيره، فإن قلنا إن العتق يصح فإن كان موسراً أخذت منه القيمة وجعلت رهناً مكانه لأنه أتلف رقه فلزمه ضمانه كما لو قتله، وتعتق قيمته وقت الاعتاق لأنه حال الإتلاف ويعتق بنفس اللفظ. ومن أصحابنا من قال في وقت العتق ثلاثة أقوال: أحدها بنفس اللفظ، والثاني بدفع القيمة، والثالث **موقوف** فإن دفع القيمة حكمنا أنه عتق من حين الاعتاق، وإن لم يدفع حكمنا أنه لم يعتق في حال الاعتاق كما قلنا فيمن أعتق شركاً له في عبد أنه يسري وفي وقت السراية ثلاثة أقوال وهذا خطأ، لأنه لو كان كالعتق في العبد المشترك لوجب أن لا يصح العتق من المعسر كما لا **يسري العتق** بإعتاق المعسر في العبد المشترك وإن كان معسراً وجبت عليه القيمة في ذمته، فإن أيسر قبل محل الدين طولب بها لتكون رهناً مكانه، وإن أيسر في محل الدين طولب بقضاء الدين، وإن قلنا إن الحق لا يصح ففكه أو بيع في الدين ثم ملكه لم يعتق عليه، ومن أصحابنا من قال يعتق لأنه إنما لم يعتق في الحال الحق المرتهن وقد زال حق المرتهن فنفذ العتق كما لو أحبلها ثم فكها أو بيعت ثم ملكها، والمذهب الأول لأنه عتق لم ينفذ في الحال فلم ينفذ بعد ذلك كما لو أعتق المحجور عليه عبده ثم فك عنه

في موضعه يقال انتجعت موضع كذا وانتجعت فلاناً مثله قوله عليه السلام **«لا ضرر ولا إضرار»** قال الهروي: لكل واحدة من اللفظين معنى غير الأخرى، فمعنى لا ضرر أي لا يضر الرجل أخاه فينقص شيئاً من حقه أو ملكه وهو ضد النفع وقوله ولا إضرار أي لا يضار الرجل أخاه مجاراة وينقصه بإدخال الضرر عليه والإضرار منهما جميعاً والضرر فعل واحد والمعنى ولكن يعفو عنه.

قوله: **(موقوف)** أي محبوس عن التصرف حتى يبين حاله لأن الواقف هو الذي لا يمضي ولا يأتي قوله: **(يسرى العتق)** هو من السري سير الليل كان العتق يسير إلى باقية فيعتق

---

(١) المصدر السابق.

الحجر، ويخالف الإحبال فإنه فعل وحكم الفعل أقوى من حكم القول، ولهذا لو أحبل المجنون جاريته نفذ إحباله وثبت لها حق الحرية ولو أعتقها لم يصح، وإن قلنا إنه يصح العتق إن كان موسراً ولا يصح إذا كان معسراً فقد بينا حكم الموسر والمعسر، وإن كان المرهون جارية فأحبلها فهل ينفذ إحباله أم لا على الأقوال الثلاثة وقد بينا وجوهها في العتق، فإن قلنا إنه ينفذ فالحكم فيه كالحكم في العتق، وإن قلنا إنه لا ينفذ إحباله صارت أم ولد في حق الراهن، لأنه علقت بحرفي ملكه، وإنما لم ينفذ لحق المرتهن فإن حل الدين وهي حامل لم يجز بيعها لأنها حامل بحر، وإن ماتت من الولادة لزمه قيمتها لأنها هلكت بسبب من جهته، وفي القيمة التي تجب ثلاثة أوجه: أحدها تجب قيمتها وقت الوطء لأنه وقت سبب التلف فاعتبرت القيمة فيه كما لو جرحها، وبقيت ضنيئة إلى أن ماتت، والثاني تجب قيمتها أكثر مما كانت من حين الوطء إلى حين التلف كما قلنا فيمن غصب جارية وأقامت في يده ثم ماتت، والثالث أنه تجب قيمتها وقت الموت لأن التلف حصل بالموت، والمذهب الأول وما قال الثاني لا يصح لأن الغصب موجود من حين الأخذ إلى حين التلف، والوطء غير موجود من حين الوطء، إلى خين التلف، وما قال الثالث يبطل به إذا جرحها ثم ماتت، فإن التلف حصل بالموت، ثم تجب القيمة وقت الجراحة وإن ولدت نظرت؛ فإن نقصت بالولادة وجب عليه أرش ما نقص وإن حل الدين ولم يقضمه فإن أمكن أن يقضي الدين بثمن بعضها بيع منها بقدر ما يقضي به الدين، وإن فكها من المرهن أو بيعت وعادت إليه ببيع أو غيره صارت أم ولد له، وقال المزني لا تصير كما لا تعتق إذا أعتقها ثم فكها أو ملكها وقد بينا الفرق بين الإعتاق والإحبال فأغنى عن الإعادة.

فصل: وإن وقف المرهون ففيه وجهان: أحدهما أنه كالعتق لأنه حق لله تعالى لا يصح إسقاطه بعد ثبوته فصار كالعتق. والثاني أنه لا يصح لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير فلا يصح كالبيع والهبة.

فصل: وما منع منه الراهن لحق المرتهن كالوطء والتزويج وغيرهما، إذا أذن فيه جاز له فعله لأن المنع لحقه فزال بإذنه، وما يبطل لحقه كالبيع والعتق وغيرهما، إذا فعله بإذنه صح لأن بطلانه لحقه فصح بإذنه فإن أذن في البيع أو العتق ثم رجع قبل أن يبيع، أو قبل أن يعتق لم يجز البيع والعتق لأنه بالرجوع سقط الإذن فصار كما لو لم يأذن، فإن لم يعلم بالرجوع فباع أو أعتق ففيه وجهان: أحدهما أنه يسقط الإذن ويصير كما إذا باع أو أعتق بغير الإذن، والثاني أنه لا يسقط الإذن بناء على القولين في الوكيل إذا عز له الموكل ولم يعلم حتى تصرف.

وكذلك سراية الجراح تسير إلى الصحيح فيعم البدن فيقتل.

فصل: وإن أذن له في العتق فأعتق أو في الهبة فوهب وأقبض بطل الرهن لأنه تصرف ينافي مقتضى الوثيقة فعله بإذنه فبطلت به الوثيقة، فإن أذن له في البيع، لم يخل إما أن يكون في دين حال، أو في دين مؤجل، فإن كان في دين حال تعلق حق المرتهن بالثمن ووجب قضاء الدين منه، لأن مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الحق منه، وإن كان في دين مؤجل نظرت، فإن كان الإذن مطلقاً فباع بطل الرهن وسقط حقه من الوثيقة، لأنه تصرف في عين الرهن لا يستحق المرتهن فعله بإذنه فبطل به الرهن كما لو أعتقه بإذنه، وإن أذن له في البيع بشرط أن يكون الثمن رهناً ففيه قولان: قال في الاملاء يصح، ووجهه أنه لو أذن له في بيعه بعد المحل بشرط أن يكون ثمنه رهناً إلى أن يوفيه جاز وقال في الأم: لا يصح لأن ما يباع به من الثمن مجهول ورهن المجهول لا يصح فإذا بطل الشرط بطل البيع لأنه إنما أذن في البيع بهذا الشرط، ولم يثبت الشرط فلم يصح البيع، وإن أذن له في البيع بشرط أن يعجل الدين فباع لم يصح البيع، وقال المزني يبطل الشرط ويصح العقد لأنه شرط فاسد سبق البيع فلم يمنع صحته، كما لو قال لرجل بع هذه السلعة ولك عشر ثمنها وهذا خطأ لأنه إنما أذن له بشرط أن يعجل الدين لم يسلم له فإذا لم يسلم له الشرط بطل الإذن فيصير البيع بغير إذن ويخالف مسألة الوكيل، فإن هناك لم يجعل العوض في مقابلة الإذن، وإنما جعله في مقابلة البيع وههنا جعل تعجيل الدين في مقابلة الإذن، فإذا بطل التعجيل بطل الإذن والبيع بغير إذن المرتهن باطل. وحكي عن أبي إسحاق أنه قال: في هذه **المسألة** قول آخر أنه يصح البيع ويكون ثمنه رهناً كما لو أذن له في البيع بشرط أن يكون ثمنه رهناً.

فصل: وما يحتاج إليه الرهن من نفقة وكسوة وعلف وغيرها فهو على الراهن لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب نفقته»(١)، والذي يركب ويشرب هو الراهن فوجب أن تكون النفقة عليه ولأن الرقبة والمنفعة على ملكه فكانت النفقة عليه، وإن احتاج إلى شرب دواء أو فتح عرق فامتنع لم يجبر عليه، لأن الشفاء بيد الله تعالى وقد يجيء من غير فصد ولا دواء، ويخالف النفقة فإنه لا يبقى دونها فلزمه القيام بها.

فصل: وإن جنى العبد المرهون لم يخل إما أن يجني على الأجنبي أو على المولى

. . . .

---

(١) رواه البخاري في كتاب الرهن باب ٤. أبو داود في كتاب البيوع باب ٧٦. الترمذي في كتاب البيوع باب ٣١. ابن ماجه في كتاب الرهون باب ٢. أحمد في مسنده (٢/ ٤٧٢).

أو على مملوك للمولى، فإن كانت الجناية على أجنبي تعلق حق المجني عليه برقبته ويقدم على حق المرتهن لأن حق المجني عليه يقدم على حق المالك فلأن يقدم على حق المرتهن أولى، ولأن حق المجني عليه يختص بالعين، فلو قدمنا حق المرتهن عليه أسقطنا حقه وحق المرتهن يتعلق بالعين والذمة، فإذا قدمنا حق المجني عليه لم يسقط حقه فوجب تقديم حق المجني عليه، فإن سقط حق المجنى عليه بالعفو أو الفداء بقي حق المرتهن، لأن حق المجنى عليه لم يبطل الرهن، وإنما قدم عليه حق المجنى عليه لقوته فإذا سقط حق المجني عليه بقي المرتهن، وإن لم يسقط حق المجني عليه نظرت، فإن كان قصاصاً في النفس اقتص له وبطل الرهن، وإن كان في الطرف اقتص له وبقي الرهن في الباقي، وإن كان مالاً وأمكن أن يوفي ببيع بعضه بيع منه ما يقضي به حقه، وإن لم يمكن إلا ببيع جميعه بيع، فإن فضل عن حق المجني عليه شيء من ثمنه تعلق به حق المرتهن، وإن كانت الجناية على المولى نظرت، فإن كان فيما دون النفس اقتص منه إن كان عمداً وإن كان خطأ أو عمداً فعفى عنه على مال لم يثبت له المال، وقال أبو العباس: فيه قول آخر أنه يثبت له المال ويستفيد به بيعه، وبطل حق المرتهن من الرهن، ووجهه أن من ثبت له القصاص في العمد ثبت له المال في الخطأ كالأجنبي والصحيح هو الأول، لأن المولى لا يثبت له المال على عبده، ولهذا لو أتلف له مالاً لم يستحق عليه بدله، ووجه الأول يبطل بغير المرهون فإنه يجب له القصاص في العمد ولا يجب له المال في الخطأ، وإن كانت الجناية على النفس، فإن كانت عمداً ثبت للوارث القصاص، فإن اقتص بطل الرهن، وإن كانت خطأ أو عمداً وعفى على مال ففيه قولان: أحدهما لا يثبت له المال لأن الوارث قائم مقام المولى والمولى لا يثبت له في رقبة العبد مال فلا يثبت لمن يقوم مقامه، والثاني أنه يثبت له لأنه يأخذ المال عن جناية حصلت وهو في غير ملكه، فصار كما لو جنى على من يملكه المولى، وإن كانت الجناية على مملوك للمولى فإن كانت على مملوك غير مرهون، فإن كانت الجناية عمداً فللمولى أن يقتص منه، وإن كانت خطأ أو عمداً وعفا على مال لم يجز لأن المولى لا يستحق على عبده مالاً، وإن كانت الجناية على مملوك مرهون عند مرتهن آخر، فإن كانت الجناية عمداً فللمولى أن يقتص منه، فإن اقتص بطل الرهن، وإن كانت خطأ أو عمداً وعفى على مال ثبت المال لحق المرتهن الذي عنده المجني عليه، لأنه لو قتله المولى لزمه ضمانه، فإذا قتله عبده تعلق بالضمان برقبته، فإن كانت قيمته أكثر من قيمة المقتول وأمكن أن يقضي أرش الجناية ببيع بضعه منه ما يقضي به أرش الجناية ويكون الباقي رهناً، فإن لم يمكن إلا ببيع

. . . .

جميعه وبيع ما فضل من ثمنه يكون رهناً، فإن كانت قيمته مثل قيمة المقتول أو أقل منه ففيه وجهان: أحدهما أنه ينقل القاتل إلى مرتهن المقتول ليكون رهناً مكانه لأنه لا فائدة في بيعه، والثاني أنه يباع لأنه ربما رغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته فيحصل عند كل واحد من المرتهنين وثيقة بدينه، وإن كانت الجناية على مرهون عند المرتهن الذي عنده القاتل فإن كانت عمداً فاقتص منه بطل الرهن، وإن كانت خطأ أو عمداً وعفى عنه على مال نظرت، فإن اتفق الدينان في المقدار والحلول والتأجيل واتفقت قيمة العبدين ترك على حاله لأنه لا فائدة في بيعه، وإن كان الدين الذي رهن به المقتول حالاً، والدين الذي رهن به القاتل مؤجلاً بيع لأن في بيعه فائدة وهو أن يقضي الدين الحال، فإن اختلف الدينان واتفقت القيمتان نظرت؛ فإن كان الدين الذي ارتهن به القاتل أكثر لم يبع لأنه مرهون بقدر فإذا بيع صار مرهوناً ببعضه، وإن كان الدين الذي ارتهن به القاتل أقل نقل فإن في نقله فائدة وهو أن يصير مرهوناً بأكثر من الدين الذي هو مرهون به، وهل يباع وينقل ثمنه أو ينقل بنفسه فيه وجهان وقد مضى توجيههما، وإن اتفق الدينان بأن كان كل واحد منهما مائة واختلف القيمتان نظر فيه، فإن كانت قيمة المقتول أكثر لم يبع لأنه إذا ترك كان رهناً بمائة وإذا بيع كان ثمنه رهناً بمائة فلا يكون في بيعه فائدة، وإن كانت قيمة القاتل أكثر بيع منه بقدر قيمة المقتول ويكون رهناً بالحق الذي كان المقتول رهناً به وباقيه على ما كان.

فصل: فإن جنى العبد المرهون بإذن المولى نظرت، فإن كان بالغاً عاقلاً فحكمه ما لو جنى بغير إذنه في القصاص والأرش على ما بيناه، ولا يلحق السيد بالإذن إلا الإثم، فإنه يأثم لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أعان على قتل مسلم **ولو بشرط كلمة** جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله» فإن كان غير بالغ نظرت، فإن كان مميزاً يعرف أن طاعة المولى لا تجوز في القتل كان كالبالغ في جميع ما ذكرناه إلا في القصاص فإن القصاص لا يجب على **الصبي**، وإن كان صغيراً لا يميز أو أعجمياً لا يعرف أن طاعة المولى لا تجوز في القتل لم تتعلق الجناية برقبته، بل يتعلق حكم الجناية بالمولى، فإن كان موسراً أخذ منه الأرش، وإن كان معسراً فقد قال الشافعي رحمه الله: يباع العبد في أرش الجناية فمن أصحابنا من حمله على ظاهره وقال يباع لأنه قد باشر الجناية فبيع فيها، ومنهم من قال لا يباع لأن القاتل في الحقيقة هو المولى وإنما هو آلة كالسيف وغيره، وحمل قول الشافعي رحمه الله على أنه أراد إذا ثبت بالبينة أنه قتله فقال المولى أنا أمرته

قوله: **(ولو بشطر كلمة)** الشطر النصف وهو قوله قوله«أقـ»: **(الصبي)** أي المميز وهو الذي يفرق بين القبيح والحسن والنفع والضر.

فقال يؤخذ منه الأرش، إن كان موسراً بحكم إقراره وإن كان معسراً بيع العبد بظاهر البينة والله أعلم.

فصل: وإن جنى على العبد المرهون فالخصم في الجناية هو الراهن لأنه هو المالك للعبد، ولما يجب من بدله فإن ادعى على رجل أنه جنى عليه فأنكره ولم تكن بينة فالقول قول المدعي عليه مع يمينه، فإن نكل عن اليمين ردت اليمين على الراهن، فإن نكل فهل ترد اليمين على المرتهن فيه قولان بناء على القولين في المفلس إذا ردت عليه اليمين فنكل، فهل ترد على الغريم فيه قولان: أحدهما لا ترد لأنه غير مدع، والثاني ترد لأنه ثبت له حق فيما يثبت باليمين فهو كالمالك فإن أقر المدعي عليه أو قامت البينة عليه أو نكل وحلف الراهن أو المرتهن على أحد القولين، فإن كانت الجناية موجبة للقود فالراهن بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو فإن اقتص بطل الرهن، وإن قال لا أقتص ولا أعفو ففيه وجهان: قال أبو علي ابن أبي هريرة: للمرتهن إجباره على اختيار القصاص أو أخذ المال لأن له حقاً في بدله فجاز له إجباره على تعيينه، وقال أبو القاسم الداركي: إن قلنا إن الواجب بقتل العمد هو القود لم يملك إجباره، لأنه إذا ملك إسقاط القصاص فلأن يملك تأخيره أولى، وإن قلنا أن الواجب أحد الأمرين أجبر على التعيين لأن له حقاً هو القصاص وللمرتهن حقاً هو المال فلزمه التعيين، وإن عفى على مال أو كانت الجناية خطأ وجب الأرش، وتعلق حق المرتهن به لأن الأرش بدل عن المرهون فتعلق حق المرتهن به، وإن أسقط المرتهن حقه من الوثيقة سقط لأنه لو كان الرهن باقياً فأسقط حقه منه سقط فكذلك إذا أسقط من بدله فإن أبرأ المرتهن الجاني من الأرش لم يصح إبراؤه لأنه لا يملكه فلا ينفذ إبراؤه فيه كما لو كان الراهن باقياً فوهبه، وهل يبطل بهذا الإبراء حقه من الوثيقة فيه وجهان: أحدهما يبطل لأن إبراءه تضمن إبطال حقه من الوثيقة، فإذا سقط الإبراء بقي ما تضمنه من إبطال الوثيقة، والثاني لا يبطل لأن الذي أبطله هو الإبراء، والإبراء لم يصح فلم يبطل ما نضمنه، فإن أبرأه الراهن من الأرش لم يصح إبراؤه لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة من غير رضاه فلم يصح كما لو كان الرهن باقياً فأراد أن يهبه، فإن أبرأه ثم قضى دين المرتهن أو أبرأه المرتهن منه فهل ينفذ إبراء الراهن للجاني من الأرش فيه وجهان: أحدهما ينفذ لأن المنع منه لحق المرتهن وقد زال حق المرتهن فينفذ إبراء الراهن، والثاني أنه لا ينفذ لأنا حكمنا ببطلانه فلا يجوز أن يحكم بصحته بعد الحكم ببطلانه كما لو وهب مال غيره ثم ملكه، وإن أراد أن يصالحه عن الأرش على حيوان أو غيره من غير رضا المرتهن لم يجز لأن حق المرتهن يتعلق بالقيمة، فلا يجوز إسقاطه إلى بدل من غير رضاه كما لو كان الرهن باقياً فأراد أن يبيعه من غير رضاه، فإن

. . . .

رضي المرتهن بالصلح فصالح على حيوان تعلق به حق المرتهن وسلم إلى من كان عنده الرهن ليكون رهناً مكانه، فإن كان مما له منفعة انفرد الراهن بمنفعته، وإن كان له نماء انفرد بنمائه كما كان ينفرد بمنفعة أصل الرهن ونمائه، فإن كان المرهون جارية فجنى عليها فأسقطت جنيناً ميتاً وجب عليه عشر قيمة الأم ويكون خارجاً من الرهن لأنه بدل عن الولد والولد خارج من الرهن فكان بدله خارجاً منه، وإن كانت بهيمة فألقت جنيناً ميتاً وجب عليه ما نقص من قيمة الأم ويكون رهناً لأنه بدل عن جزء من المرهون، فإن ألقته حياً ثم مات ففيه قولان: أحدهما يجب عليه قيمة الولد حياً لأنه يمكن تقويمه فيكون للراهن فإن عفى عنه صح عفوه، والثاني يجب عليه أكثر الأمرين من قيمته حياً أو ما نقص من قيمة الأم فإن كان قيمته حياً أكثر وجب ذلك للراهن وصح عفوه عنه، وإن كان ما نقص من قيمة الأم أكثر كان رهناً.

فصل: وإن جنى على العبد المرهون ولم يعرف الجاني فأقر رجل أنه هو الجاني، فإن صدقه الراهن دون المرتهن كان الأرش له ولا حق المرتهن فيه، وإن صدقه المرتهن دون الراهن كان الأرش رهناً عنده، فإن لم يقضه الراهن الدين استوفى في المرتهن حقه من الأرش، فإن قضاه الدين أو أبرأه منه المرتهن رد الأرش إلى المقر.

فصل: فإن كان الرهون عصيراً فصار في يد المرتهن خمراً زال ملك الراهن عنه وبطل الرهن لأنه صار محرماً لا يجوز التصرف فيه فزال الملك فيه وبطل الرهن كالحيوان إذا مات، فإن تخللت عاد الملك فيه لأنه عاد مباحاً يجوز التصرف فيه فعاد الملك فيه كجلد الميتة إذا دبغ ويعود رهناً لأنه عاد إلى الملك السابق، وقد كان في الملك السابق رهناً فعاد رهناً، فإن كان المرهون حيواناً فمات وأخذ الراهن جلده ودبغه فهل يعود الرهن؟ فيه وجهان: قال أبو علي ابن خيران: يعود كما لو رهنه عصيراً فصار خمراً ثم صار خلاً. وقال أبو إسحاق: لا يعود الرهن لأنه عاد الملك فيه بمعالجة وأمر أحدثه فلم يعد رهناً بخلاف الخمر فإنها صارت خلاً بغير معنى من جهته.

فصل: وإن تلف الرهن في يد المرتهن من غير تفريط تلف من ضمان الراهن ولا يسقط من دينه شيء، لما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال: قضى رسول الله ﷺ أن لا يغلق الرهن ممن رهنه، ولأنه وثيقة بدين ليس يعوض منه فلم يسقط الدين بهلاكه كالضامن، فإن عصب عيناً ورهنها بدين ولم يعلم المرتهن وهلكت عنده من غير تفريط فهل يجوز للمالك أن يغرمه؟ فيه وجهان: أحدهما لا يغرمه لأنه دخل على الأمانة، والثاني له إن يغرمه لأنه أخذه من يد ضامنة، فإن قلنا إنه يغرمه فغرمه فهل يرجع بما غرم

. . . .

على الراهن فيه وجهان: أحدهما يرجع لأنه غره، والثاني لا يرجع لأنه حصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه، فإن بدأ وغرم الراهن فإن قلنا إن المرتهن إذا غرم رجع على الراهن لم يرجع الراهن على المرتهن بما غرمه، وإن قلنا إن المرتهن إذا غرم لا يرجع على الراهن رجع عليه الراهن بما غرمه، فإن رهن عند رجل عيناً وقال رهنتك هذا إلى شهر، فإن لم أعطك مالك فهو لك بالدين فالرهن باطل لأنه وقته، والبيع باطل لأنه علقه على شرط، فإن ملك العين قبل الشهر لم يضمن لأنه مقبوض بحكم الرهن فلم يضمنه كالمقبوض عن رهن صحيح، وإن هلك بعد الشهر ضمنه لأنه مقبوض بحكم البيع فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح.

باب اختلاف المتراهنين

إذا اختلف المتراهنان فقال الراهن ما رهنتك وقال المرتهن رهنتني فالقول قول الراهن مع يمينه لأن الأصل عدم العقد.

فصل: وإذا اختلفا في عين الرهن فقال الراهن رهنتك العبد، وقال المرتهن بل رهنتني الثوب فالقول قول الراهن إنه لم يرهن الثوب، فإذا حلف خرج الثوب عن أن يكون رهناً بيمينه وخرج العبد عن أن يكون رهناً برد المرتهن.

فصل: وإذا اختلفا في قدر الرهن فقال الراهن رهنتك هذا العبد، وقال بل رهنتني هذين العبدين، فالقول قول الراهن لأن الأصل عدم الرهن إلا فيما أقر به ولأن كل من كان القول قوله إذا اختلفا في أصله كان القول قوله إذا اختلفا في قدره كالزوج في الطلاق فإن رهنه أرضاً وأقبضه ووجد فيها نخيل يجوز أن يكون حدث بعد الرهن، ويجوز أن يكون قبله، فقال الراهن حدث بعد الرهن فهو خارج من الرهن، وقال المرتهن بل كان قبل الرهن ورهنتنيه مع الأرض، فالقول قول الراهن قال المزني: القول قول المرتهن، لأنه في يده وهذا خطأ لما ذكرناه في العبدين، وقوله إنه في يده لا يصح، لأن اليد إنما يقدم بها في الملك دون العقد، ولهذا لو اختلفا في أصل العقد كان القول قول الراهن، وإن كانت العين في يد المرتهن، فإن رهن حمل شجرة تحمل حملين وحدث حمل آخر وقلنا إنه يصح العقد فاختلفا في مقدار الحمل الأول فالقول قول الراهن، وقال المزني القول قول المرتهن لأنه في يده وهذا لا يصح لأن الأصل أنه لم يدخل في العقد إلا ما أقربه وأما اليد فقد بينا أنه لا يرجح بها في العقد.

فصل: وإن اختلفا في قدر الدين فقال الراهن رهنتك هذا العبد بألف، وقال المرتهن بل رهنتنيه بألفين فالقول قول الراهن لأن الأصل عدم الألف، فإن قال رهنته

. . . .

بألف وزادني ألفاً آخر على أن يكون رهناً بالألفين، وقال المرتهن بل رهنتني بالألفين وقلنا لا تجوز الزيادة في الدين في رهن واحد ففيه وجهان: أحدهما أن القول قول الراهن لأنهما لو اختلفا في أصل العقد كان القول قوله، فكذلك إذا اختلفا في صفته، والثاني أن القول قول المرتهن لأنهما اتفقا على صحة الرهن والدين، والراهن يدعي أن ذلك كان في عقد آخر، والأصل عدمه فكان القول قول المرتهن، فإن بعث عبده مع رجل ليرهنه عند رجل بمال ففعل ثم اختلف الراهن والمرتهن، فقال الراهن أذنت له في الرهن بعشرة، وقال المرتهن بل بعشرين نظرت، فإن صدق الرسول الراهن حلف الرسول أنه ما رهن إلا بعشرة ولا يمين على الراهن لأنه لم يعقد، وإن صدق الرسول المرتهن فالقول قول الراهن مع يمينه، فإذا حلف بقي الرهن على عشرة وعلى الرسول عشرة لأنه أقر بقبضها.

فصل: قال في الأم: إذا كان في يد رجل عبد لآخر فقال رهنتيه بألف، وقال السيد بل بعتكه بألف حلف السيد أنه ما رهنه بألف، لأن الأصل عدم الرهن، ويحلف الذي في يده العبد أنه ما اشتراه لأن الأصل عدم الشراء ويأخذ السيد عبده، فإن قال السيد رهنتكه بألف قبضتها منك قرضاً وقال الذي في يده العبد بل بعتنيه بألف قبضتها مني ثمناً حلف كل واحد منهما على نفي ما ادعى عليه، لأن الأصل عدم العقد، وعلى السيد الألف لأنه مقر بوجوبها، فإن قال الذي في يده العبد بعتنيه بألف، وقال السيد بل رهنتكه بألف حلف السيد أنه ما باعه، فإذا حلف خرج العبد من يده لأن البيع قد زال والسيد معترف بأنه رهن والمرتهن ينكر ومتى أنكر المرتهن الرهن زال الرهن.

فصل: وإن اتفقا على رهن عين ثم وجدت العين في يد المرتهن، فقال الراهن قبضته بغير إذني، وقال المرتهن بل قبضته بإذنك فالقول قول الراهن لأن الأصل عدم الإذن، ولأنهما لو اختلفا في أصل العقد، والعين في يد المرتهن، كان القول قول الراهن فكذلك إذا اختلفا في الإذن، فإن اتفقا على الإذن فقال الراهن رجعت في الإذن قبل القبض، وقال المرتهن لم ترجع حتى قبضت، فالقول قول المرتهن لأن الأصل بقاء الإذن، وإن اتفقا على الإذن واختلفا في القبض فقال الراهن لم تقبضه، وقال المرتهن بل قبضت، فإن كانت العين في يد الراهن فالقول قوله لأن الأصل عدم القبض، وإن كان في يد المرتهن فالقول قوله لأنه أذن في قبضه والعين في يده، فالظاهر أنه قبضه بحق فكان القول قوله، وإن قال رهنته وأقبضته ثم رجع وقال ما كنت أقبضته حلفوه أنه قبض فالمنصوص أنه يحلف وقال أبو إسحاق إن قال وكيلي أقبضه وبان لي أنه لم يكن أقبضه حلف وعليه تأول النص، وإن قال أنا أقبضته ثم رجع لم يحلف، لأن إقراره المتقدم

. . . .

يكذبه، وقال أبو علي ابن خيران وعامة أصحابنا: إنه يحلف لأنه يمكن صدقه بأن يكون قد وعده بالقبض فأقربه ولم يكن قبض.

فصل: وإن رهن عصيراً وأقبضه ثم وجده خمراً في يد المرتهن فقال أقبضتنيه وهو خمر فلي الخيار في فسخ البيع، وقال الراهن: بل أقبضتكه وهو عصير فصار في يدك خمراً، فلا خيار لك ففيه قولان: أحدهما أن القول قول المرتهن وهو اختيار المزني لأن الراهن يدعي قبضاً صحيحاً، والأصل عدمه، والثاني أن القول قول الراهن وهو الصحيح لأنهما اتفقا على العقد والقبض واختلفا في صفة يجوز حدوثها فكان القول من ينفي الصفة كما لو اختلف البائع والمشتري في عيب بعد القبض. وإن اختلفا في العقد، فقال المرتهن رهنتينه وهو خمر، وقال الراهن بل رهنتكهه وهو عصير فصار عندك خمراً فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أكثرهم هي على قولين وقال أبو علي ابن أبي هريرة القول قول المرتهن قولاً واحداً، لأنه ينكر العقد والأصل عدمه، فإن رهن عبداً فأقبضه في محمل أو ملفوفاً في ثوب ووجد ميتاً فقال المرتهن أقبضتنيه وهو ميت فلي الخيار فسخ البيع وقال الراهن أقبضتكه حياً ثم مات عندك فلا خيار لك ففيه طريقان: أحدهما وهو الصحيح أنه على القولين كالعصير، والثاني وهو قول أبي علي الطبري أن القول قول المرتهن، لأن هذا اختلاف في أصل القبض، لأن الميت لا يصح قبضه، لأنه لا يقبض إلا ظاهراً بخلاف العصير فإنه يقبض في الظرف والظاهر منه الصحة.

فصل: وإن كان لرجل عبد وعليه ألفان لرجلين لكل واحد منهما ألف، فادعى كل واحد منهما أنه رهن العبد عنده بدينه والعبد في يد الراهن أو في يد العادل نظرت؛ فإن كذبهما فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الرهن، وإن صدقهما وادعى الجهل بالسابق منهما فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف فسخ الرهن الرهن على المنصوص لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فبطل كما لو زوج امرأة وليان من رجلين وجهل السابق منهما، ومن أصحابنا من قال: يجعل بينهما نصفين، لأنه يجوز أن يكون مرهوناً عندهما بخلاف الزوجة، وإن صدق أحدهما وكذب الآخر أو صدقهما وعين السابق منهما فالرهن للمصدق، وهل يحلف؟ فيه قولان: أحدهما يحلف: والثاني لا يحلف بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد ثم أقربها لعمرو فهل يغرم لعمرو شيئاً أم لا فيه قولان: فإن قلنا لا يغرم لم يحلف لأنه إن نكل لم يغرم فلا فائدة في عرض اليمين، وإن قلنا يغرم حلف لأنه ربما نكل فيغرم للثاني قيمته فإن قلنا لا يحلف فلا كلام، وإن قلنا يحلف نظرت، فإن حلف انصرف الآخر، وإن نكل عرضت اليمين على الثاني فإن نكل انصرف، وإن حلف

. . . .

بنينا على القولين في يمين المدعي مع نكول المدعي عليه، فإن قلنا إنها كالبينة نزع العبد وسلم إلى الثاني، وإن قلنا إنه كالإقرار ففيه ثلاثة أوجه: أحدها أنه ينفسخ لأنه أقر لهما وجهل السابق منهما، والثاني يجعل بينهما لأنهما استويا ويجوز أن يكون مرهوناً عندهما فجعل بينهما، والثالث يقر الرهن في يد المصدق ويغرم للآخر قيمته ليكون رهناً عنده، لأنه جعل كأنه أقر بأنه حال بينه وبين الرهن فلزمه ضمانه. وإن كان العبد في يد أحد المرتهنين نظرت، فإن كان في يد المقر له أقر في يده لأنه اجتمع له اليد والإقرار وهل يحلف للثاني على القولين، فإن كان في يد الذي لم يقر له فقد حصل لأحدهما اليد وللآخر الإقرار وفيه قولان: أحدهما يقدم الإقرار لأنه يخبر عن أمر باطن، والثاني يقدم اليد وهو قول المزني لأن الظاهر معه، والأول أظهر لأن اليد إنما تدل على الملك لا على العقد، وإن كان في يدهما فللمقر له الإقرار واليد على النصف الآخر له الإقرار وللآخر يد وفيه قولان: أحدهما يقدم الإقرار فيصير الجميع رهناً عند المقر له، والثاني يقدم اليد فيكون الرهن بينهما نصفين.

فصل: وإن رهن عبداً وأقبضه ثم أقر أنه جنى قبل الرهن على رجل وصدقه المقر له وأنكر المرتهن، ففيه قولان: أحدهما أن القول قول المرتهن وهو اختيار المزني، لأنه عقد إذا تم منع البيع فمنع الاقرار كالبيع، والثاني أن القول قول الراهن لأنه أقر في ملكه بمالا يجر نفعاً إلى نفسه، فقبل إقراره كما لو لم يكن مرهوناً، ويخالف هذا إذا باعه لأنه هناك زال ملكه عن العبد فلم يقبل إقراره عليه، وهذا باقٍ على ملكه فقبل إقراره عليه، فإن قلنا إن القول قول الراهن فهل يحلف؟ فيه قولان: أحدهما لا يحلف لأن اليمين إنما يعرض ليخاف فيرجع إن كان كاذباً، والراهن لو رجع لم يقبل رجوعه فلا معنى لعرض اليمين ولأنه أقر في ملكه لغيره فلم يحلف عليه كالمريض إذا أقر بدين، والثاني يحلف لأنه يحتمل أن يكون كاذباً بأن واطأ المقر له ليسقط بالإقرار حق المرتهن فحلف، فإذا ثبت أنه رهنه وهو جان ففي رهن الجاني قولان: أحدهما أنه باطل، والثاني أنه صحيح وقد بينا ذلك في أول الرهن. فإن قلنا إنه باطل وجب بيعه في أرش الجناية، فإن **استغرق الأرش قيمته** بيع الجميع، وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الأرش وفي الباقي وجهان: أحدهما أنه مرهون لأنه إنما حكم ببطلانه لحق المجني عليه وقد زال والثاني أنه لا يكون مرهوناً لأنا حكمنا ببطلان الرهن من أصله فلا يصير مرهوناً من غير عقد، وإن قلنا إنه صحيح فإن استغرق الأرش قيمته بيع الجميع، وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الأرش

قوله: (**استغرق الأرش قيمته**) الاستغراق الاستيعاب أي أخذ جميعه. وأصله من الغرق في الماء. نكل عن اليمين والعدو إذا جبن.

ويكون الباقي مرهوناً، فإن اختار السيد أن يفديه على هذا القول، فبكم يفديه؟ فيه قولان: أحدهما يفديه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية، والثاني يفديه بأرش الجناية بالغاً أو يسلم المبيع. فإن قلنا إن القول قول المرتهن لم يقبل قوله من غير يمين، لأنه لو رجع قبل رجوعه فحلف فإذا ثبت أنه غير جان، فهل يغرم الراهن أرش الجناية ففيه قولان بناء على فيمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو: أحدهما يغرم لأنه منع بالرهن حق المجني عليه، والثاني لا يغرم لأنه إن كان كاذباً فلا حق عليه وإن كان صادقاً وجب تسليم العبد، فإن قلنا إنه لا يغرم فرجع إليه تعلق بالأرش برقبته كما لو أقر على رجل أنه أعتق عبده ثم ملك العبد فإنه يعتق عليه، وإن قلنا يغرم فبكم يغرم؟ فيه طريقان: من أصحابنا من قال فيه قولان كالقسم قبله، ومنهم من قال يغرم أقل الأمرين قولاً واحداً لأن القول الثاني إنما يجيء في الموضع الذي يمكن بيعه فيمتنع وههنا لا يمكن بيعه فصار كجناية أم الولد، وإن نكل المرتهن عن اليمين فعلى من ترد اليمين؟ فيه طريقان: أحدهما ترد على الراهن، وإن نكل فهل ترد على المجني عليه فيه قولان كما قلنا في غرماء الميت، ومن أصحابنا من قال ترد اليمين على المجني عليه أولاً فإن نكل فهل ترد على الراهن على قولين لأن المجني عليه يثبت الحق لنفسه وغرماء الميت يثبتون الحق للميت.

فصل: وإن أعتق الراهن العبد المرهون ثم اختلفا فقال الراهن أعتقته بإذنك وأنكر المرتهن الإذن، فالقول قوله لأن الأصل عدم الإذن، فإن نكل عن اليمين حلف الراهن، وإن نكل الراهن فهل ترد على العبد؟ فيه طريقان: أحدهما أنه على قولين بناء على رد اليمين على غرماء الميت. قال في الجديد: لا ترد لأنه غير المتراهنين فلا ترد عليه اليمين، وقال في القديم: ترد لأنه يثبت لنفسه حقاً باليمين. ومن أصحابنا من قال ترد اليمين على العبد قولاً واحداً، لأن العبد يثبت باليمين حقاً لنفسه وهو العتق خلاف غرماء الميت.

فصل: وإن كان المرهون جارية فادعى الراهن أنه وطئها بإذن المرتهن، فأتت بولد لمدة الحمل وصدقه المرتهن ثبت نسب الولد وصارت الجارية أم ولد، وإن اختلفا في الإذن أو في الولد أو في مدة الحمل فأنكر المرتهن شيئاً من ذلك فالقول قوله لأن الأصل في هذه الأشياء العدم.

فصل: فإن كان عليه ألف برهن وألف بغير رهن فدفع إليه ألفاً ثم اختلفا نظرت؛ فإن اختلفا في اللفظ فادعى المرتهن أنه قال هي عن الألف التي لا رهن بها وقال الراهن بل قلت هي عن الألف التي بها الرهن، فالقول قول الراهن لأنه منه ينتقل إلى المرتهن

. . . .

فكان القول قوله في صفة النقل، وإن اختلفا في النية فقال الراهن نويت أنها عن الألف التي بها الرهن، وقال المرتهن بل نويت أنها عن الألف التي لا رهن بها فالقول قول الراهن لما ذكرناه في اللفظ ولأنه أعرف بنيته. وإن دفع إليه الألف من غير لفظ ولا نية ففيه وجهان: قال أبو إسحاق: يصرفه إلى ما شاء منهما كما لو طلق إحدى المرأتين، وقال أبو علي ابن أبي هريرة يجعل بينهما نصفين لأنهما استويا في الوجوب فصرف القضاء إليهما.

فصل: وإن أبرأ المرتهن الراهن عن الألف ثم اختلفا نظرت، فإن اختلفا في اللفظ فادعى الراهن أنه قال أبرأتك عن الألف التي بها الرهن، وقال المرتهن بل قلت أبرأتك من الألف التي لا رهن بها فالقول قول المرتهن لأنه هو الذي يبريء فكان القول في صفة الإبراء قوله، فإن اختلفا في النية فقال الراهن نويت الإبراء عن الألف التي بها ال[illegible]ال المرتهن نويت الإبراء عن الألف التي لا رهن بها فالقول قول المرتهن لما ذكرناه [illegible] ولأنه أعرف بنيته، فإن أطلق صرفه إلى ما شاء منهما في قول أبي إسحاق ويجعل [illegible]ما في قول أبي علي ابن أبي هريرة.

فصل: وإن ادعى المرتهن هلاك الرهن، فالقول قوله مع يمينه لأنه أمين فكان القول قوله في الهلاك كالمودع، وإن ادعى الرد لم يقبل قوله لأنه قبض العين لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر.

فصل: وإن كان الرهن على يد عدل قد وكل في بيعه فاختلفا في النقد الذي يبيع به باعه بنقد البلد، فإن كان في البلد نقدان متساويان باع بما هو أنفع للراهن لأنه ينفع الراهن ولا يضر المرتهن فوجب به البيع، فإن كانا في النفع واحداً فإن كان أحدهما من جنس الدين باع به لأنه أقرب إلى المقصود وهو قضاء الدين، فإن لم يكن واحد منهما من جنس الدين باع بأيهما شاء لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ثم يصرف الثمن في جنس الدين.

باب التفليس

إذا كان على رجل دين فإن كان مؤجلاً لم يجز مطالبته، لأنا لو جوزنا مطالبته سقطت فائدة التأجيل، فإن أراد سفراً قبل محل الدين لم يكن للغريم منعه، ومن أصحابنا من قال إن كان السفر مخوفاً كان له منعه لأنه لا يأمن أن يموت فيضيع دينه، والصحيح

باب التفليس

قال في الشامل والبيان: الفلس مأخوذ من الفلوس وهي أخس المال الذي يتبايع به كأنه منع التصرف إلا في الشيء التافه. وقال الجوهري يقال أفلس الرجل صار مفلساً كأنها صارت دراهمه فلوساً. كما يقال أخبث الرجل إذا صار أصحابه خبثاء وأقطف إذا صارت دابته قطوفاً. ويجوز أن يراد به أنه صار إلى حال يقال ليس معه فلس. والكفيل والضمين سواء،

هو الأول لأنه لاحق له عليه قبل محل الدين، وجواز أن يموت لا يمنع من التصرف في نفسه قبل المحل كما يجوز في الحضر أن يهرب ثم لا يملك حبسه لجواز الهرب، وإن قال أقم لي كفيلاً بالمال لم يلزمه، لأنه لم يحن عليه الدين فلم يملك المطالبة بالكفيل كما لو لم يرد السفر. وإن كان الدين حالاً نظرت؛ فإن كان معسراً لم يجز مطالبته، لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠] ولا يملك ملازمته لأن كل دين لا يملك المطالبة به لم يملك الملازمة عليه كالدين المؤجل، فإن كان يحسن صنعة فطلب الغريم أن يؤجر نفسه ليكسب ما يعطيه **لم يجبر** على ذلك لأنه إجبار على التكسب فلم يجز كالإجبار على التجارة، وإن كان موسراً جازت مطالبته لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ فدل على أنه إذا لم يكن ذا عسرة لم يجب إنظاره، فإن لم يقضه ألزمه الحاكم فإن امتنع فإن كان له مال ظاهر باعه عليه، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: **ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه أن يقال سبق الحاج فإدان معرضاً فأصبح وقدرين به** فمن له دين فليحضر، فإنا بايعو ماله وقاسموه **بين غرمائه**. وإن كان له مال كتمه حبسه وعزره حتى يظهره فإن ادعى الإعسار نظرت، فإن لم يعرف له قبل ذلك مال فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم المال، فإن عرف له مال لم

قوله: (**لم يجبر**) أجبره على الشيء أي قهره وهو لا يريد. والجبار القهار يقال في فعله جبره وأجبره، قوله: (**ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه أن يقال سبق الحاج فأدان معرضاً فأصبح وقدرين به**) أسيفع تصغير أسفع من السفعة، وهي سواد مشرب بحمرة تكون صفة وعلماً وجهينة من بطون قضاعة بن مالك بن حمير. وعن قطرب أنها منقولة من مصغر جهانة على الترخيم يقال جارية جهانة أي شابة. أدان افتعل من الدين فاقترض من القرض معرضاً من قولهم طأ معرضاً أي ضع رجلك حيث وقعت ولا تبق شيئاً. وأنشد يعقوب للبعيث:

فطأ معرضاً إن الحتوف كثيرة وإنك لا تبقى من المال باقياً

أراد فاستدان ما وجد ممن وجد؛ والحقيقة من أي وجه أمكنة ومن أي غرض تأتي له غير مميز ولا مبال بالتبعة. ورين أي غلب وتعب بشأنه، نقلت هذا من الفائق، وقال في غيره فأدان معرضاً أي من كل من عرض له، وقيل معرضاً عن القضاء وقيل اعترض لكل من يقرضه، وقيل أعرض عن كل من قال لا تستدن وكان يأخذ الدين ويشتري به النجائب السوابق بالأثمان الغالية ويقال وإن على قلبه دينه يرين ريوناً، أي غلب قال الله تعالى: ﴿كلا بل ران على قلوبهم﴾ [المطففين: ١٤] قال الحسن هو الذنب على الذنب حتى يسود القلب، وأصله الطبع والدنس، قال أبو زيد يقال رين بالرجل إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه، ومعنى رضي من دينه إلخ أنه لم يقصد الحج، وإنما قصد المفاخرة وأنه سبق الحاج فيقبل قبلهم لا للدين قوله: (**بين غرمائه**) الغريم من الأضداد. يقال لمن عليه الدين ولمن له

يقبل قوله لأنه معسر إلا ببينة لأن الأصل بقاء المال، فإن قال غريمي يعلم أني معسر أو أن مالي هلك فحلفوه، حلف لأن ما يدعيه محتمل فإن أراد أن يقيم البينة على هلاك المال قبل فيه شهادة عدلين فإن أراد أن يقيم البينة على الإعسار لم يقبل إلا بشهادة عدلين من أهل الخبرة والمعرفة بحاله لأن الهلاك يدركه كل أحد والإعسار لا يعلمه إلا من يخبر باطنه، فإن أقام البينة على الإعسار وادعى الغريم أن له مالاً باطناً فطلب اليمين عليه ففيه قولان: أحدهما لا يحلف لأنه أقام البينة على ما ادعاه فلا يحلف كما لو ادعى ملكاً وأقام عليه البينة، والثاني يحلف لأن المال الباطن يجوز خفاؤه على الشاهدين، فجاز عرض اليمين فيه عند الطلب كما لو أقام عليه البينة بالدين وادعى أنه أبرأه منه. وإن وجد في يده مال فادعى أنه لغيره نظرت؛ فإن كذبه المقر له بيع في الدين لأن الظاهر أنه له وإن صدقه سلم إليه، فإن قال الغريم أحلفوه لي أنه صادق في إقراره ففيه وجهان: أحدهما يحلف لأنه يحتمل أن يكون كاذباً في إقراراه، والثاني لا يحلف وهو الصحيح لأن اليمين تعرض ليخاف فيرجع عن الإقرار، ولو رجع عن الإقرار لم يقبل رجوعه فلا معنى لعرض اليمين.

فصل: وإن **ركبته الديون** ورفعه الغرماء إلى الحاكم وسألوه أن يحجر عليه نظر الحاكم في ماله، فإن كان له مال يفي الديون لم يحجر عليه لأنه لا حاجة به إلى الحجر بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه، فإن كان ماله لا يفي بالديون حجر عليه وباع ماله عليه لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال: كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدان **حتى أغرق ماله** في الدين فكلم النبي ﷺ غرماءه فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله ﷺ فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء، وروى كعب بن مالك أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ وباع عليه ماله وإن كان ماله بالديون إلا أنه ظهرت عليه أمارة التفليس بأن زاد خرجه على دخله ففيه وجهان: أحدهما لا يحجر عليه لأنه **مليء** بالدين فلا يحجز عليه كما لو لم يظهر فيه أمارة الفلس، والثاني يحجر عليه لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء.

الدين. وأصله من الغرم وهو أداء ما يطالب به واجباً كان أو غير واجب. وقال الفراء سمي غريماً لادامته التقاضي والحاجة من قوله تعالى: ﴿إن عذابها كان غراماً﴾ يعني ملحاً دائماً وفلان مغرم بالنساء مداوم لهن قوله: (**ركبته الديون**) أي أثقلت ظهره وأتعبته كما تتعب الدابة المركوبة قوله: (**حتى أغرق ماله**) أي أهلكه كما يهلك الغريق في الماء.

قوله: (**مليء**) هو الموسع عليه يقال أمليت البعير إذا وسعت له في قيده، ووقف

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الديات باب ١.

فصل: والمستحب أن يشهد على الحجر ليعلم الناس حاله فلا يعاملوه إلا على بصيرة، فإذا حجر عليه تعلقت ديون الغرماء بماله ومنع من التصرف فيه، فإن اقترض أو اشترى في ذمته شيئاً صح لأنه لا ضرر على الغرماء فيما يثبت في ذمته، ومن باع أو أقرضه بعد الحجر لم يشارك الغرماء في ماله، لأنه إن علم بالحجر فقد دخل على بصيرة وإن ديون الغرماء متعلقة بماله، وإن لم يعلم فقد فرط حين دخل في معاملته على غير بصيرة، فلزمه الصبر إلى أن يفك عنه الحجر، فإن تصرف في المال بالبيع والهبة والعتق ففيه قولان: أحدهما أنه صحيح موقوف لأنه حجر ثبت لحق الغرماء فلم يمنع صحة التصرف في المال كالحجر على المريض، والثاني لا يصح وهو الصحيح، لأنه حجر ثبت بالحاكم فمنع من التصرف في المال كالحجر على السفيه ويخالف حجر المريض لأن الورثة لا تتعلق حقوقهم بماله إلا بعد الموت، وههنا حقوق الغرماء تعلقت بماله في الحال فلم يصح تصرفه فيه كالمرهون. فإن قلنا يصح تصرفه وقف فإن وفى ماله بالدين نفذ تصرفه، وإن لم يف فسخ لأنا جوزنا تصرفه رجاء أن تزيد قيمة المال او يفتح عليه بما يقضي به الدين فإذا عجز فسخ كما نقول في هبة المريض قال أصحابنا وعلى هذا ينقض من تصرفه الأضعف فالأضعف فأضعفها الهبة لأنه لا عوض فيه ثم البيع لأنه يلتقه الفسخ ثم العتق لأنه أقوى التصرفات، ويحتمل عندي أنه يفسخ الآخر فالآخر كما قلنا في تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث.

فصل: قال الشافعي رحمه الله: ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فله إجازة البيع ورده، فمن أصحابنا من حمل هذا على ظاهره وقال له أن يفعل ما يشاء لأن الحجر إنما يؤثر في عقد مستأنف، وهذا عقد سبق الحجر فلم يؤثر الحجر فيه وقال أبو إسحاق: إن كان الحظ في الرد لم يجز وإن كان في الإجازة لم يرد لأن الحجر يقتضي طلب الحظ، **فإن طرأ** في بيع الخيار أوجب طلب الحظ كما لو باع بشرط الخيار ثم جن، فإن الولي لا يفعل إلا ما فيه الحظ من الرد والإجازة، ومن أصحابنا من قال إن قلنا إن المبيع انتقل بنفس العقد لم يجب الرد، وإن كان الحظ في الرد لأن الملك قد انتقل فلا يكلف رده، وحمل قول الشافعي رحمه الله على هذا القول، وإن قلنا إن المبيع لم ينتقل أو موقوف لزمه الرد إن كان الحظ في الرد لأن المبيع على ملكه فلا يفعل إلا ما فيه الحظ.

فصل: وإن وهب هبة تقتضي الثواب وقلنا إن الثواب مقدر بما يرضي به الواهب ثم أفلس فله أن يرضي بما شاء، لأنا لو ألزمناه أن يطلب الفضل لألزمناه أن يكتسب والمفلس لا يكلف الاكتساب.

فصل: وإن أقر بدين لزمه قبل الحجر لزم الإقرار في حقه، وهل يلزم في حق

تصرفه أي حبس قوله: **(فإذا طرأ)** مهموز أي حدث. وأصله الطريء ضد العتيق.

الغرماء فيه قولان: أحدهما لا يلزم لأنه متهم لأنه ربما واطأ المقر له ليأخذ ما أقر به ويرد عليه، والثاني أنه يلزمه وهو الصحيح لأنه يستند ثبوته إلى ما قبل الحجر فلزم في حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة، وإن ادعى عليه رجل مالاً وأنكر ولم يحلف وحلف المدعي فإن قلنا إن يمين المدعي مع نكول المدعي عليه كالبينة شارك الغرماء في المال، وإن قلنا كالإقرار فعلى القولين في الإقرار، وإن أقر لرجل بعين لزمه الإقرار في حقه، وهل يلزم في حق الغرماء؟ فيه قولان: أحدهما لا يلزم، والثاني يلزم وتسلم العين إلى المقر له ووجه القولين ما ذكرناه في الإقرار بالدين.

فصل: وإن جنى على رجل جناية توجب المال وجب قضاء الأرش من المال لأنه حق لزمه بغير رضى من له الحق فوجب قضاؤه من المال، وإن جنى عليه جناية توجب لمال تعلق حق الغرماء بالأرش كما يتعلق بسائر أمواله.

فصل: وإن ادعى على رجل مالاً وله شاهد، فإن حلف استحق وتعلق به حق الغرماء، وإن لم يحلف فهل تحلف الغرماء أم لا؟ قال في التفليس لا يحلفون، وقال في غرماء الميت إذا لم يحلف الوارث مع الشاهد ففيه قولان: أحدهما يحلفون، والثاني لا يحلفون فمن أصحابنا من نقل أحد القولين من غرماء الميت إلى غرماء المفلس فجعل فيهما قولين: أحدهما يحلفون لأن المال إذا ثبت استحقوه، والثاني لا يحلفون لأنهم يحلفون لإثبات المال لغيرهم وذلك لا يجوز، ومن أصحابنا من قال لا تحلف غرماء المفلس وفي غرماء الميت قولان لأن الميت لم يمتنع من اليمين فحلف غرماؤه، والمفلس امتنع من اليمين فلم تحلف غرماؤه، ولأن غرماء الميت أيسوا من يمين الميت فحلفوا، وغرماء المفلس لم ييأسوا من يمين المفلس فلم يحلفوا. وإن حجر عليه وعليه دين مؤجل فهل يحل؟ فيه قولان: أحدهما يحل لأن الدين تعلق بالمال فحل الدين المؤجل كما لو مات، والثاني لا يحل وهو الصحيح لأنه يملك التصرف في الذمة فلم يحل عليه الدين كما لو لم يحجر عليه.

فصل: وإن لم يكن له كسب ترك له ما يحتاج إليه للنفقة إلى أن يفك الحجر عنه ويرجع إلى الكسب لقوله ﷺ «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»[1] فقدم حق نفسه على حق العيال، وهو دين فدل على أنه يقدم على كل دين، ويكون الطعام على ما جرت به عادته ويترك له ما يحتاج إليه من الكسوة من غير إسراف **ولا إجحاف** لأن الحاجة إلى الكسوة

قوله: **(إجحاف)** يقال أجحف به إذا ذهب وقد ذكر. يقال سيل جحاف إذا أخذ شيء

---

(١) رواه الدارمي في كتاب الزكاة باب ٢١. مسلم في كتاب الزكاة حديث ٩٥، ٩٧. أبو داود في كتاب الزكاة باب ٣٩، ٤٠.

كالحاجة إلى القوت، فإن كان له من تلزمه نفقته من زوجة أو قريب ترك لهم ما يحتاجون إليه من النفقة والكسوة بالمعروف، لأنهم يجرون مجراه في النفقة والكسوة، ولا تترك له دار ولا خادم لأنه يمكنه أن يكترى داراً يسكنها وخادماً يخدمه، وإن كان له كسب جعلت نفقته في كسبه لأنه لا فائدة في إخراج ماله في نفقته وهو يكتسب ما ينفق.

فصل: وإذا أراد الحاكم بيع ماله، فالمستحب أن يحضره لأنه أعرف بثمن ماله، فإن لم يكن من يتطوع بالنداء استؤجر من ينادي عليه من سهم المصالح لأن ذلك من المصالح فهو كأجرة الكيال والوزان في الأسواق، فإن لم يكن سهم المصالح اكترى من مال المفلس لأنه يحتاج إليه لإيفاء ما عليه، فكان عليه ويقدم على سائر الديون لأن في ذلك مصلحة له ويباع كل شيء في سوقه، لأن أهل السوق أعرف بقيمة المتاع، ومن يطلب السلعة في السوق أكثر ويبدأ بما يسرع إليه الفساد، لأنه إذا أخّر ذلك هلك وفي ذلك إضرار وقد قال ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار» ثم بالحيوان لأنه يحتاج إلى علف ويخاف عليه التلف ويتأنى بالعقار، لأنه إذا تأنى به كثر من يطلبه، ولا يتأنى به أكثر من ثلاثة أيام، لأن فيما زاد إضراراً بالغرماء في تأخير حقهم، فإن كان في المال رهن أو عبد تعلق الأرض برقبته بيع في حق المرتهن والمجني عليه لأنّ حقهما يختص بالعين فقدم، وإن بيع له متاع وقبض ثمنه فهلك الثمن واستحق المبيع رجع المشتري بالعهدة في مال المفلس، وهل يقدم على سائر الغرماء روى المزني أنه يقدم وروى الربيع أنه **أسوة الغرماء** فمن أصحابنا من قال فيه قولان: أحدهما يقدم لأن في تقدمه مصلحة فإنه متى لم يقدم تجنب الناس شراء ماله خوفاً من الاستحقاق فإذا قدم رغبوا في شراء ماله، والثاني إنه أسوة الغرماء لأن هذا دين تعلق بذمته بغير رضي من له الحق فضرب به مع الغرماء كأرش الجناية، ومنهم من قال إن لم يفك الحجر عنه قدم، لأن فيه مصلحة له، وإن فك الحجر عنه كسائر الغرماء وحمل رواية الربيع على هذا.

فصل: وإن كان في الغرماء من باع منه شيئاً قبل الإفلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئاً ووجد عين ماله على صفته ولم يتعلق به حق غيره فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من باع سلعة ثم أفلس صاحبها فوجدها بعينها فهو أحق بها من الغرماء»[1] وهل يفتقر الفسخ إلى إذن الحاكم فيه وجهان: قال أبو إسحاق لا يفسخ إلا

وذهب به، قوله: (**أسوة الغرماء**) الأسوة القدوة أي يقتدي بهم فيكون مثلهم.

---

(١) رواه أبو داود في كتاب البيوع باب ٧٤. ابن ماجه في كتاب الأحكام باب ٢٦.

بإذن الحاكم لأنه مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كفسخ النكاح بالإعسار بالنفقة، وقال أبو القاسم الداركي لا يفتقر إلى الحاكم لأنه فسخ ثبت بنص السنة فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد، فإن حكم حاكم بالمنع من الفسخ فقد قال أبو سعيد الاصطخري ينقض حكمه لأنه حكم مخالف لنص السنة، ويحتمل ألا ينقض لأنه مختلف فيه فلم ينقض. وهل يكون الفسخ على الفور أو على التراخي؟ فيه وجهان: أحدهما أنه على التراخي لأنه خيار لا يسقط إلى بدل فكان على التراخي كخيار الرجوع في الهبة، والثاني أنه على الفور لأنه خيار ثبت لنقص في العوض فكان على الفور كخيار الرد بالعيب، وهل يصح الفسخ بالوطء في الجارية؟ فيه وجهان: أحدهما يصح كما يصح الفسخ بالوطء في خيار الشرط والثاني أنه لا يصح لأنه ملك مستقر فلا يجوز رفعه بالوطء. وإن قال الغرماء نحن نعطيك الثمن ولا نفسخ لم يسقط حقه من الفسخ، لأنه ثبت له حق الفسخ فلم يسقط ببدل العوض كالمشتري إذا وجد بالسلعة عيباً وبذل له البائع الأرش.

فصل: وإن كان قد باعه بعد الإفلاس ففيه وجهان: أحدهما أن له أن يفسخ لأنه باعه قبل وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة بفقير ثم أعسر بالنفقة، والثاني أنه ليس له أن يفسخ لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته فسقط خياره كما لو اشترى سلعة مع العلم بعيبها.

فصل: وإن وجد المبيع وقد قبض من الثمن بعضه، رجع بحصة ما بقي من الثمن لأنه إذا رجع بالجميع إذا لم يقبض جميع الثمن رجع في بعضه إذا لم يقبض بعض الثمن، وإن كان المبيع عبدين متساويي القيمة وباعهما بمائة وقبض من الثمن خمسين ثم مات أحد العبدين وأفلس المشتري فالمنصوص في التفليس أنه يأخذ الباقي بما بقي من الثمن، ونص في الصداق إذا أصدقها عبدين فتلف أحدهما ثم طلقها قبل الدخول على قولين: أحدهما أنه يأخذ الموجود بنصف الصداق مثل قوله في التفليس، والثاني أنه يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف، فمن أصحابنا من نقل هذا القول إلى البيع وقال فيه قولان: أحدهما أنه يأخذ نصف الموجود ويضرب مع الغرماء بنصف ثمن التالف وهو اختيار المزني رحمه الله لأن البائع قبض الخمسين من ثمنها وما قبض من ثمنه لا يرجع به، والثاني أنه يأخذ الموجود بما بقي لأن ما أخذه جميعه لدفع الضرر إذا كان باقياً أخذ الباقي إذا هلك بعضه كالشقص في الشفعة، ومن أصحابنا من قال: يأخذ البائع الموجود بما بقي من الثمن قولاً واحداً، وفي الصداق قولان، والفرق بينهما أن البائع إذا رجع

. . . .

بنصف الموجود ونصف بدل التالف لم يصل إلى كمال حقه لأن غريمه مفلس والزوج إذا رجع بنصف الموجود ونصف قيمته التالف وصل إلى جميع حقه، لأن الزوجة موسرة فلم يجز له الرجوع بجميع الموجود بنصف المهر.

فصل: وإن وجد البائع عين ماله وهو رهن لم يرجع به لأن حق المرتهن سابق لحقه فلم يملك إسقاطه بحقه، فإن أمكن أن يقضي حق المرتهن ببيع بعضه بيع منه بقدر حقه، ويرجع البائع بالباقي لأن المنع كان لحق المرتهن وقد زال.

فصل: وإن كان المبيع شقصاً تثبت فيه الشفعة ففيه ثلاثة أوجه: أحدها أن الشفيع أحق لأن حقه سابق فإنه يثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالحجر فقدم حق الشفيع، والثاني أن البائع أحق لأنه إذا أخذ الشفيع الشقص زال الضرر عنه وحده، وإذا أخذه البائع زال الضرر عنهما، لأن البائع يرجع إلى عين ماله، والشفيع يتخلص من ضرر المشتري فيزول الضرر عنهما. والثالث أنه يدفع الشقص إلى الشفيع ويؤخذ منه ثمنه ويدفع إلى البائع، لأن في ذلك جمعاً بين الحقين وإذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجز إسقاط أحدهما.

فصل: وإن كان المبيع صيداً والبائع محرم لم يرجع فيه لأنه تمليك، فلم يجز مع الإحرام كشراء الصيد.

فصل: وإن وجد عين ماله ودينه مؤجل وقلنا إن الدين المؤجل لا يحل وديون الغرماء حالة، فالمنصوص أنه يباع المبيع في الديون الحالة لأنها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل، ومن أصحابنا من قال لا يباع بل يوقف إلى أن يحل فيختار البائع الفسخ أو الترك، وإليه أشار في الإملاء لأن بالحجر تتعلق الديون بماله فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل فلا يباع في الديون الحالة.

فصل: وإن وجد المبيع وقد باعه المشتري ورجع إليه ففيه وجهان: أحدهما له أن يرجع فيه لأنه وجد عين ماله خالياً من حق غيره فأشبه إذا لم يبعه، والثاني لا يرجع لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه فلم يملك فسخه.

فصل: وإن وجد المبيع ناقصاً نظرت؛ فإن كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن كعبدين تلف أحدهما أو نخلة مثمرة تلفت ثمرتها فالبائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع فيما بقي بحصته من الثمن ويضرب مع الغرماء بثمن ما تلف لأن البائع يستحق المبيع في يد المفلس بالثمن كما يستحق المشتري المبيع في يد البائع بالثمن، ثم المشتري إذا وجد أحد العينين في يد البائع والآخر هالكاً كان بالخيار بين أن يترك الباقي ويطالب بجميع الثمن وبين أن يأخذ الموجود بثمنه، ويطالب بثمن التالف

. . . .

فكذلك البائع، وإن كان المبيع نخلاً مع ثمرة مؤبرة فهلكت الثمرة قوم النخل مع الثمرة ثم يقوم بلا ثمرة ويرجع بما بينهما من الثمن وتعتبر القيمة أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض، فإن كانت قيمته وقت العقد أقل قوم وقت العقد لأن الزيادة حدثت في ملك المشتري فلا تقوم عليه، وإن كانت في وقت القبض أقل قوم في وقت القبض، لأن ما نقص لم يقبضه المشتري فلم يضمنه، فإن كان نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن كذهاب يد وتأليف دار نظرت؛ فإن لم يجب لها أرش بأن أتلفها المشتري أو ذهبت بآفة سماوية فالبائع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن وبين أن يتركه ويضرب بالثمن مع الغرماء كما تقول فيمن اشترى عبداً فذهبت يده أو داراً فذهب تأليفها في يد البائع فإن المشتري بالخيار بين أن يأخذه بالثمن، وبين أن يتركه ويرجع بالثمن، فإن وجب لها أرض بأن أتلفها أجنبي فالبائع بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يأخذ ويضرب بما نقص من الثمن، لأن الأرش في مقابلة جزء كان البائع يستحقه فاستحق ما يقابله كما نقول فيمن اشترى عبداً فقطع الأجنبي يده أنه بالخيار بين أن يتركه ويرجع بالثمن، وبين أن يأخذه ويطالب الجاني بالأرش غير أن المشتري يرجع على الجاني بقيمة اليد، لأنها تلفت في ملكه فوجب له البدل والبائع يرجع بحصة اليد من الثمن، لأنها تلفت في ملك المفلس فوجب الأرش له فيرجع البائع عليه بالحصة من الثمن لأن المبيع مضمون على المفلس بالثمن، فإن كان المبيع نخلاً عليه طلع غير مؤبر فهلكت الثمرة ثم أفلس بالثمن فرجع البائع في النخل ففيه وجهان: أحدهما يأخذها بجميع الثمن لأن الثمرة تابعة للأصل في البيع فلم يقابلها قسط من الثمن، والثاني يأخذها بقسطها من الثمن ويضرب بحصة الثمرة مع الغرماء، لأن الثمرة يجوز إفرادها بالبيع فصارت مع النخل بمنزلة العينين.

فصل: وإن وجد المبيع زائداً نظرت، فإن كانت زيادة غير متميزة كالسمن والكبر واختار البائع الفسخ رجع في المبيع مع الزيادة لأنها زيادة لا تتميز فتبعت الأصل في الرد كما قلنا في الرد بالعيب، وإن كن المبيع حباً فصار زرعاً أو زرعاً فصار حباً أو بيضاً فصار فرخاً ففيه وجهان: أحدهما لا يرجع به لأن الفرخ غير البيض والزرع غير الحب، والثاني يرجع ـ وهو المنصوص ـ لأن الفرخ والزرع عين المبيع، وإنما تغيرت صفته فهو **كالودي** إذا صار نخلاً والجدي إذا صار شاةً. وإن كانت الزيادة متميزة نظرت، فإن كانت ظاهرة كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار رجع فيه دون الزيادة، لأنه نماء ظاهر متميز حدث في ملك المشتري فلم يتبع الأصل في الرد كما قلنا في الرد بالعيب، فإن اتفق المفلس

قوله: **(كالودي)** الودي من النخل الصغار الواحدة ودية.

والغرماء على قطعها قطع، وإن اتفقوا على تركها إلى الجداد ترك لأنه ملك أحدهما وحق الآخر، وإن دعا أحدهما إلى قطعها والآخر إلى تركها وجب القطع لأن من ذعا إلى القطع تعجل حقه فلا يؤخر بغير رضاه، وإن كانت الزيادة غير ظاهرة كطلع غير مؤبر وما أشبهه من الثمار ففيه قولان: روى الربيع أنه يرجع في النخل دون الطلع، لأن الثمرة ليست عين ماله فلم يرجع بها، وروى المزني أنه يرجع لأنه يتبع الأصل في البيع فتبعه في الفسخ كالثمن والكبر، فإذا قلنا بهذا فأفلس وهو غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يرجع في الثمرة لأنها أبرت وهي في ملك المفلس، فإن اختلف البائع والمفلس فقال البائع رجعت فيه قبل التأبير فالثمرة لي، وقال المفلس رجعت بعد التأبير فالثمرة لي، فالقول قول المفلس لأن الأصل بقاء الثمرة على ملكه فإن لم يحلف المفلس فهل يحلف الغرماء؟ فيه قولان وقد مضى دليلهما فإن كذبوه فحلف واستحق وأراد أن يفرقه على الغرماء ففيه وجهان: أحدهما أنه لا يلزمهم قبوله لأنهم أقروا أنه أخذ بغير حق، والثاني يلزمهم قبوله أو الإبراء من الدين وعليه نص في المكاتب إذا حمل إلى المولى نجماً فقال المولى هو حرام أنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه منه، فإن صدقه بعضهم وكذبه البعض فقد قال الشافعي رحمه الله: يفرق ذلك فيمن صدقه دون من كذبه، فمن أصحابنا من قال لا يجوز أن يفرقه إلا على من صدقه لأنه لا حاجة به إلى دفع ذلك إلى من يكذبه، وقال أبو إسحاق إذا اختار المفلس أن يفرق على الجميع جاز كما يجوز إذا كذبوه وحمل قول الشافعي رحمه الله إذا اختار أن يفرق فيمن صدقه، وإن قال البائع رجعت قبل التأبير فالثمرة لي فصدقه المفلس وكذبه الغرماء ففيه قولان: أحدهما يقبل قول المفلس لأنه غير متهم، والثاني لا يقبل لأنه تعلق به حق الغرماء فلم يقبل إقراره فيه، فإذا قلنا بهذا فهل يحلف الغرماء؟ فيه طريقان: من أصحابنا من قال هي على القولين كما قلنا في القسم قبله ومنهم من قال يحلفون قولاً واحداً لأن اليمين ههنا توجهت عليهم ابتداء وفي القسم قبله توجهت اليمين على المفلس فلما نكل نقلت إليهم.

فصل: وإن كان المبيع جارية فحبلت في ملك المشتري نظرت؛ فإن أفلس بعد الوضع رجع في الجارية دون الولد كما قلنا في الرد بالعيب ولا يجوز التفرق بين الأم والولد، فإما أن يرد البائع قيمة الولد فيأخذه مع الأم أو تباع الأم والولد فيأخذ البائع ثمن الأم ويأخذ المفلس ثمن الولد. ومن أصحابنا من قال إما أن يزن قيمة الولد فيأخذه مع الأم وإما أن يسقط حقه من الرجوع، والمذهب الأول لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره فثبت له الرجوع. وإن أفلس قبل الوضع، فإن قلنا لا حكم للحمل رجع فيهما لأنه

. . . .

كالسمن، وإن قلنا إن الحمل له حكم رجع في الأم دون الحمل لأنه كالحمل المنفصل، فإن باعها وهي حبلى ثم أفلس المشتري نظرت؛ فإن أفلس قبل الوضع رجع فيهما، وإن أفلس بعد الوضع، فإن قلنا للحمل حكم رجع فيهما لأنهما كعينين باعهما، وإن قلنا لا حكم للحمل رجع في الأم دون الحمل، لأنه نماء تميز من ملك المشتري فلم يرجع فيه البائع، ولا يفرق بين الأم والولد على ما ذكرناه.

فصل: وإن كان المبيع طعاماً فطحنه المشتري أو ثوباً فقصره ثم أفلس نظرت؛ فإن لم تزد قيمته بذلك واختار البائع الرجوع رجع فيه ولا يكون المشتري شريكاً له بقدر عمله لأن عمله قد استهلك ولم يظهر له أثر، وإن زادت قيمته بأن كانت عشر قيمته فصارت قيمته خمسة عشر ففيه قولان: أحدهما أن البائع يرجع فيه ولا يكون المشتري شريكاً له بقدر ما عمل فيه وهو قول المزني، لأنه لم يضف إلى المبيع عيناً وإنما فرق بالطحن أجزاء مجتمعة وفي القصارة أظهر بياضاً كان كامناً في الثوب فلم يصر شريكاً للبائع في العين كما لو كان المبيع جوزاً فكسره، ولأنه زيادة لا تتميز فلم يتعلق بها حق المفلس كما لو كان المبيع غلاماً فعلمه أو حيواناً فسمنه، والثاني أن المشتري يكون شريكاً للبائع بقدر ما زاد بالعمل ويكون حكم العمل حكم العين، وهو الصحيح لأنها زيادة حصلت بفعله فصار بها شريكاً كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه، ولأن القصار يملك حبس العين لقبض الأجرة كما يملك البائع حبس المبيع لقبض الثمن، فدل على أن العمل كالعين بخلاف كسر الجوز وتعليم الغلام وتسمين الحيوان فإن الأجير في هذه الأشياء لا يملك حبس العين لقبض الأجرة، فعلى هذا يباع الثوب فيصرف ثلث الثمن إلى الغرماء والثلثان إلى البائع، وإن كان قد استأجر المشتري من قصر الثوب وطحن الطعام ولم يدفع إليه الأجرة دفع الأجرة إلى الأجير من ثمن الثوب لأن الزيادة حصلت بفعله فقضى حقه من بدله.

فصل: وإن اشترى من رجل ثوباً بعشرة ومن آخر صبغاً بخمسة فصبغ به الثوب ثم أفلس نظرت؛ فإن لم تزد ولم تنقص بأن صار قيمة الثوب خمسة عشر فقد وجد كل واحد من البائعين عين ماله، فإن اختار الرجوع صار الثوب بينهما لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث، وإن نقص فصار قيمة الثوب اثني عشر فقد وجد بائع الثوب عين ماله، ووجد بائع الصبغ بعض ماله، لأن النقص دخل عليه بهلاك بعضه، فإن اختار الرجوع كان لبائع الثوب عشرة، ولبائع الصبغ درهمان ويضرب بما هلك من ماله وهو ثلاثة مع الغرماء، وإن زاد فصار يساوي الثوب عشرين درهماً بنينا على القولين في أن

. . . .

زيادة القيمة بالعمل كالعين أم لا، فإن قلنا إنها ليست كالعين حصلت الزيادة في مالهما فيقسط بينهما على الثلث والثلثين لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث، وإن قلنا إنها كالعين كانت الزيادة للمفلس، فيكون شريكاً للبائعين بالربع.

فصل: وإن كان المبيع أرضاً فبناها أو غرسها فإن أنفق المفلس والغرماء على قلع البناء والغراس ثبت للبائع الرجوع في الأرض لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره فجاز له الرجوع، فإن رجع فيها ثم قلعوا البناء والغراس لزم المفلس تسوية الأرض، وأرش نقص إن حدث بها من القلع لأنه نقص حصل لتخليص ماله، ويقدم ذلك على سائر الديون لأنه يجب لإصلاح ماله فقدم كعلف البهائم وأجرة النقال، وإن امتنعوا من القلع لم يجبروا لقوله ﷺ: **«ليس لعرق ظالم حق»**(١) وهذا غرس وبناء بحق فإن قال البائع أنا أعطي قيمة الغراس والبناء وآخذه مع الأرض أو قلع وأضمن أرش النقص، ثبت له الرجوع لأنه يرجع في عين ماله من غير إضرار، وإن امتنع المفلس والغرماء من القلع، وامتنع البائع من بذل العوض وأرش النقص فقد روى المزني فيه قولين: أحدهما أنه يرجع، والثاني أنه لا يرجع فمن أصحابنا من قال إن كانت قيمة الغراس والبناء أقل من قيمة الأرض فله أن يرجع لأن الغراس والبناء تابع فلم يمنع الرجوع، وإن كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الأرض لم يرجع لأن الأرض صارت كالتبع للغراس والبناء وحمل القولين على هذين الحالين، وذهب المزني وأبو العباس وأبو إسحاق إلى أنها على قولين: أحدهما يرجع لأنه وجد عين ماله مشغولاً بملك المفلس فثبت له الرجوع كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المفلس بصبغ من عنده، والثاني لا يرجع لأنه إذا رجع في الأرض بقي الغراس والبناء من غير طريق ومن غير شرب فيدخل الضرر على المفلس، والضرر لا يزال بالضرر، فإن قلنا إنه يرجع وامتنع البائع من بذل العوض وأرش النقص وامتنع المفلس والغرماء من القلع فهل يجبر البائع على البيع؟ فيه قولان: أحدهما يجبر لأن الحاجة تدعو إلى البيع لقضاء الدين فوجب أن يباع كما يباع الصبغ مع الثوب وإن لم يكن الصبغ له ويباع ولد المرهونة مع الرهن، وإن لم يدخل في الرهن، والثاني لا يجبر لأنه يمكن إفراد كل واحد منهما بالبيع ولا يجبر على بيعها مع الغراس والبناء.

فصل: وإن كان المبيع أرضاً فزرعها المشتري ثم أفلس واختار البائع الرجوع في

قوله: (**ليس لعرق ظالم حق**) قال مالك: هو كل ما أخذ واحتقر وغرس بغير حق.

---

(١) رواه البخاري في كتاب الحرث باب ١٥. أبو داود في كتاب الإمارة باب ٣٧. الترمذي في كتاب الأحكام باب ٣٨. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ٢٦. أحمد في مسنده (٥/٣٢٧).

الأرض، جاز له لأنه وجد عين ماله مشغولاً بما ينقل فجاز له الرجوع فيه، كما لو كان المبيع داراً وفيها متاع للمشتري فإن رجع في الأرض نظرت في الزرع؛ فإن استحصد وجب نقله وإن لم يستحصد جاز تركه إلى أوان الحصاد من غير أجرة لأنه زرعه في ملكه، فإذا زال الملك جاز ترك الزرع إلى أوان الحصاد من غير أجرة كما لو زرع أرضه ثم باع الأرض.

فصل: وإن كان المبيع من ذوات الأمثال كالحبوب والأدهان فخلطه بجنسه نظرت؛ فإن خلطه بمثله كان للبائع أن يرجع لأن عين ماله موجود من جهة الحكم ويملك أخذه بالقسمة، فإن رجع واتفقا على القسمة قسم ودفع إليه مثل مكيلته، فإن طلب البائع البيع فهل يجبر المفلس فيه وجهان: أحدهما لا يجبر لأنه تمكن القسمة فلا يجبر عل البيع كالمال بين الشريكين. والثاني يجبر لأنه إذا بيع وصل البائع إلى بدل ماله بعينه، وإذا قسم لم يصل إلى جميع ماله ولا إلى بدله، وإن خلطه بأردأ منه فله أن يرجع لأن عين ماله موجودة من طريق الحكم فملك أخذه بالقسمة وكيف يرجع فيه وجهان: قال أبو إسحاق يباع الزيتان ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما، لأنه إن أخذ مثل زيته بالكيل كان ذلك أنقص من حقه، وإن أخذ أكثر من زيته كان ربا فوجب البيع. والثاني وهو المنصوص أنه يأخذ مثل زيته بالكيل لأنه وجد عين ماله ناقصاً، فرجع فيه مع النقص كما لو كان عين ماله ثوباً فحدث به عيب عند المشتري فإن خلطه بأجود منه ففيه قولان: أحدهما يرجع وهو قول المزني لأنه وجد عين ماله مختلطاً بما لا يتميز عنه فأشبه إذا خلطه بمثله أو كان ثوباً فصبغه، والثاني أنه لا يرجع لأن عين ماله غير موجود حقيقة، لأنه اختلط بما لا يمكن تمييزه منه حقيقة ولا حكماً، لأنه لا يمكن المطالبة بمثل مكيلته منه، ويخالف إذا خلطه بمثله لأنه تمكن المطالبة بمثل مكيلته ويخالف الثوب إذا صبغه لأن الثوب موجود وإنما تغير لونه، فإن قلنا إنه يرجع فكيف يرجع فيه قولان: أحدهما يباع الزيتان ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما لأنه لا يمكن أن يأخذ مثل زيته بالكيل، لأنه يأخذ أكثر من حقه، ولا يمكن أن يأخذ أقل من زيته بالكيل، لأنه ربا فوجب البيع، والثاني يرجع من الزيت بقيمة مكيلته فيكون قد أخذ بعض حقه وترك بعضه باختياره.

فصل: وإن أسلم إلى رجل في شيء وأفلس المسلم إليه وحجر عليه، فإن كان رأس المال باقياً فله أن يفسخ العقد ويرجع إلى عين ماله، لأنه وجد عين ماله خالياً من حق غيره فرجع إليه كالمبيع، وإن كان رأس المال تالفاً ضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه فإن لم يكن في ماله الجنس المسلم فيه اشترى ودفع إليه لأن أخذ العوض عن المسلم فيه

لا يجوز، وقال أبو إسحاق إذا أفلس المسلم إليه فللمسلم أن يفسخ العقد ويضرب مع الغرماء برأس المال لأنه يتعذر تسليم المسلم فيه فثبت الفسخ كما لو أسلم في الرطب فانقطع والمذهب أنه لا يثبت الفسخ لأنه غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ بالإفلاس، كما لو باعه عيناً فأفلس المشتري بالثمن والعين تالفة ويخالف إذا أسلم وانقطع الرطب لأن الفسخ هناك لتعذر المعقود عليه قبل التسليم وههنا الفسخ بالإفلاس والفسخ بالإفلاس إنما يكون لمن وجد عين ماله وهذا غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ.

فصل: وإن أكرى أرضاً فأفلس المكتري بالأجرة فإن كان قبل استيفاء شيء من المنافع فله أن يفسخ لأن المنافع في الإجارة كالأعيان المبيعة في البيع ثم إذا أفلس المشتري والعين باقية، ثبت له الفسخ فكذلك إذا أفلس المكتري والمنافع باقية وجب أن يثبت له الفسخ، وإن أفلس وقد استوفى بعض المنافع وبقي البعض ضرب مع الغرماء بحصة ما مضى وفسخ فيما بقي، كما لو ابتاع عبدين وتلف عنده أحدهما ثم أفلس، فإنه يضرب بثمن ما تلف مع الغرماء ويفسخ البيع فيما بقي فإن فسخ وفي الأرض زرع لم يستحصد نظرت؛ فإن اتفق الغرماء والمفلس على تبقيته بأجرة إلى وقت الحصاد لزم المكري قبوله لأنه زرع بحق وقد بذل له الأجرة لما بقي فلزمه قبولها وإن لم يبذل له الأجرة جاز له المطالبة بقطعه، لأن التبقية إلى الحصاد لدفع الضرر عن المفلس والغرماء والضرر لا يزال بالضرر، وفي تبقيته من غير عوض إضرار بالمكري، وإن دعا بعضهم إلى القطع وبعضهم إلى التبقية نظرت، فإن كان الزرع لا قيمة له في الحال كالطعام في أول ما يخرج من الأرض لم يقطع لأنه إذا قطع لم يكن له قيمة وإذا ترك صار له قيمة فقدم قول من دعا إلى الترك، وإن كان له قيمة **كالقصيل** الذي يقطع ففيه وجهان: أحدهما يقدم قول من دعا إلى القطع لأن من دعا إلى القطع تعجل حقه فلم يؤخر، والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه يفعل ما هو أحظ والأول أظهر.

فصل: إذا قسم مال المفلس بين الغرماء ففي حجره وجهان: أحدهما يزول الحجر لأن المعنى الذي لأجله حجر عليه حفظ المال على الغرماء وقد زال ذلك فزال الحجر كالمجنون إذا أفاق. والثاني لا يزول إلا بالحاكم لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يزل إلا بالحاكم كالحجر على المبذر.

فصل: ومن مات وعليه ديون تعلقت الديون بماله كما تتعلق بالحجر في حياته، فإن كان عليه دين مؤجل حل الدين بالموت، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: إذا مات الرجل وله دين إلى أجل وعليه دين إلى أجل فالذي عليه حال

قوله: **(القصيل)** هو فعيل من القصل وهو القطع سيف قاصل ومقصل أي قطاع. وهو

والذي له إلى أجله ولأن الأجل جعل رفقاً بمن عليه الدين والرفق بعد الموت أن يقضي دينه وتبرأ ذمته والدليل عليه ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «نفس المؤمن مرتهنة في قبره بدينه إلى أن يقضي عنه».

فصل: فإن تصرف الوارث في **التركة** قبل مضي الدين ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه مال تعلق به دين فلا يصح التصرف فيه من غير رضى من له الحق كالمرهون. والثاني يصح لأنه حق تعلق بالمال من غير رضى المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض، وإن قلنا إنه يصح فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه، وإن لم يقض فسخنا وإن باع عبداً ومات وتصرف الوارث في التركة ثم وجد المشتري بالعبد عيباً فرده أو وقع في بئر كان حفرها بهيمة في تصرف الورثة وجهان: أحدهما أنه يصح لأنهم تصرفوا في ملك لهم لا يتعلق به حق أحد. والثاني يبطل لأنا تبينا أنهم تصرفوا والدين متعلق بالتركة فإن كان في غرماء الميت من باع شيئاً ووجد عين ماله، فإن لم تف التركة بالدين فهو بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ ويرجع في عين ماله، لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال في رجل أفلس هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ «أيما رجل مات، أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه»[1] فإن كانت التركة تفي بالدين ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري رحمه الله أن له أن يرجع في عين ماله لحديث أبي هريرة. والثاني لا يجوز أن يرجع في عين ماله وهو المذهب لأن المال يفي بالدين فلم يجز الرجوع في المبيع كالحي المليء وحديث أبي هريرة قد روى فيه أبو بكر النيسابوري وإن خلف وفاء فهو أسوة الغرماء.

فصل: إذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء ثم ظهر غريم آخر رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه لأنا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر إنه لا غريم له غيرهم، فإذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه، وإن أكرى رجل داره سنة وقبض الأجرة وتصرف فيها ثم أفلس وقسم ماله بين الغرماء، ثم انهدمت الدار في أثناء المدة فإن المكتري يرجع على المفلس بأجرة ما بقي، وهل يشارك الغرماء فيما اقتسموا به أم لا؟ فيه وجهان: أحدهما لا يشاركهم لأنه دين وجب بعد القسمة فلم يشارك به الغرماء فيما اقتسموا كما لو استقرض مالاً بعد القسمة، والثاني يشاركهم لأنه دين وجب بسبب قبل الحجر فشارك به الغرماء،

في الزرع أن يطلع له قصب فيقطع ويعلف للبهائم قوله: **(التركة)** ما يتركه الميت للوارث.

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الأحكام باب ٢٦.

كما لو انهدمت الدار قبل القسمة، ويخالف القرض لأن دينه **لا يستند ثبوته** إلى ما قبل الحجر وهذا استند إلى ما قبل الحجر، ولأن المقرض لا يشارك الغرماء في المال قبل القسمة، والمكتري يشاركهم في المال قبل القسمة فشاركهم بعد القسمة.

باب الحجر

إذا ملك الصبي أو المجنون مالاً حجر عليه في ماله، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وابتلو اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦] فدل على أنه لا يسلم إليه المال قبل البلوغ والرشد.

فصل: وينظر في ماله الأب ثم الجد لأنها ولاية في حق الصغير، فقدم الأب والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح فإن لم يكن أب ولا جد نظر فيه الوصي لأنه نائب عن الأب والجد فقدم على غيره، وإن لم يكن وصي نظر السلطان لأن الولاية من جهة القرابة قد سقطت فثبتت للسلطان كولاية النكاح، وقال أبو سعيد الإصطخري: فإن لم يكن أب ولا جد نظرت الأم لأنها أحد الأبوين فثبت لها الولاية في المال كالأب والمذهب إنه لا ولاية لها، لأنها ثبتت بالشرع فلم تثبت للأم كولاية النكاح.

فصل: **ولا يتصرف الناظر في ماله إلا على النظر والاحتياط** ولا يتصرف إلا فيما فيه حظ واغتباط فأما مالاً حظ فيه كالعتق والهبة والمحاباة فلا يملكه، لقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال **اليتيم** إلا بالتي هي أحسن﴾ [الأنعام: ١٦٥] ولقوله ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار»

والتركة أيضاً الولد. وأصله بيض النعام يقال له ترك وتريك قوله: (**لا يستند ثبوته**) أي يعتمد من أسندت ظهري إلى الجدار إذا اعتمدت عليه.

باب الحجر

أصل الحجر المنع والحظر قوله تعالى ﴿حجراً محجوراً﴾ أي حراماً محرماً ممنوعاً. حجراً قرئ بالضم والفتح والكسر. والحجر الحرام وفيه ثلاث لغات. وقوله تعالى: ﴿قسم لذي حجر﴾ أي لذي عقل وإنما سمى العقل حجراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما لا يجوز، ولهذا سمى حجر البيت حجراً لأنه يمنع من الطواف فيه. والمحجور عليه ممنوع من التصرف في ماله. وحجر عليه الحاكم أي منعه التصرف. وقيل للحرام حجر لأنه ممنوع وهو بمعنى المحجور، كما يقال طحن للمطحون وقطف للمقطوف قوله: (**ولا يتصرف الناظر في ماله إلا على النظر**) الناظر الحافظ. والنظر الحفظ وهو مأخوذ من النظر الذي هو التأمل والتفكر في أمر التدبير. أو من التحنن والشفقة أحد أقسام النظر في علم الأصول قوله: (**والاحتياط**) افتعال من حاطه يحوطه أي كلأه ورعاه. واحتاط الرجل لنفسه أخذ بالثقة والاستظهار قوله: (**اليتيم**) اليتم في بني آدم فقد الأب وفي البهائم فقد الأم، وقد يتم الصبي

وفي هذه التصرفات إضرار بالصبي فوجب أن لا يملكه، ويجوز أن يتجر في ماله لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من ولي يتيماً وله مال فليتجر له بماله، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»[١].

فصل: ويبتاع له العقار لأنه يبقى وينتفع بغلته، ولا يبتاعه إلا من مأمون لأنه إذا لم يكن مأموناً لم يأمن أن يبيع مالاً يملكه، ولا يبتاعه في موضع قد أشرف على الخراب أو يخاف عليه الهلاك لأن في ذلك تغريراً بالمال ويبنى له العقار ويبنيه بالآجر والطين **ولا يبنيه باللبن** والجص لأن الآجر يبقى واللبن يهلك والجص يجحف به والطين لا ثمن له، والجص يتناثر ويذهب ثمنه، والطين لا يتناثر وإن تناثر فلا ثمن له، ولأن الآجر لا يتخلص من الجص إذا أراد نقضه ويتلف عليه ويتخلص من الطين فلا يتلف عليه، ولا يبيع له العقار إلا في موضعين: أحدهما أن تدعو إليه ضرورة بأن يفتقر إلى النفقة وليس له مال غيره ولم يجد من يقرضه، والثاني أن يكون له في بيعه غبطة وهو أن يطلب منه بأكثر من ثمنه فيباع له ويشتري ببعض الثمن مثله لأن البيع في هذين الحالين فيه حظ وفيما سواهما لاحظ فيه فلم يجز، وإن باع العقار وسأل الحاكم أن **يسجل** له نظر فإن باعه الأب أو الجد سجل له لأنهما لا يتهمان في حق الولد وإن كان غيرهما لم يسجل حتى يقيم بينة على الضرورة أو الغبطة لأنه تلحقه للتهمة فلم يسجل له من غير بينة، فإن بلغ الصبي وادعى أنه باع من غير ضرورة ولا غبطة، فإن كان الولي أباً أو جداً فالقول قوله وإن كان غيرهما لم يقبل إلا ببينة لما ذكرناه من الفرق فإن بيع في شركته شقص، فإن كان الحظ في أخذه بالشفعة لم يترك وإن كان الحظ في الترك لم يأخذ لأنا بينا أن تصرفه على النظر والاحتياط فلا يفعل إلا ما يقتضي النظر والاحتياط. فإن ترك الشفعة

بالكسر ييتم يتماً. واليتيم المنفرد أيضاً ومنه الدرة اليتيمة كأنه أفرد عن أبيه وأمه وأصله الضعف. قال:

وإلا فسيري مثل ما سار راكب ... تيمم خمساً ليس في سيره يتم

والأيم يتيمة لانفرادها عن الزوج. قال:

إن القبورَ تنكحُ الأيامى ... والنسوة الأرامل اليتامى

قوله: **(ولا يبنيه باللبن)** جمع لبنة مثل كلمة وكلم، ويجوز لبنة بالإسكان مثل لبدة ولبد قاله ابن السكيت.

قوله: **(يسجل)** أسجل له معناه كتب له الحاكم. والسجل الكتاب في قول بعض

---

(١) رواه الموطأ في كتاب الزكاة حديث ١٢.

والحظ في تركها ثم بلغ الصبي وأراد أن يأخذ فالمنصوص أنه لا يملك ذلك لأن ما فعل الولي مما فيه نظر لا يملك الصبي نقضه كما لو أخذوا الحظ في الأخذ فبلغ وأراد أن يرد، ومن أصحابنا من قال: له أن يأخذ لأنه يملك بعد البلوغ التصرف فيما فيه حظ، وفيما لا حظ فيه وقد بلغ فجاز أن يأخذ، وإن لم يكن فيه حظ وهذا خطأ لأن له أن يتصرف فيما لا حظ فيه إذا كان باقياً، وهذا قد سقط بعفو الولي فسقط فيه اختياره، فإن بلغ وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطة فالحكم فيه كالحكم في بيع العقار وقد بيناه.

فصل: ولا يبيع ما له بنسيئة من غير غبطة، فإن كانت السلعة تساوي مائة نقداً ومائة وعشرين نسيئة فباعها بمائة نسيئة فالبيع باطل لأنه باع بدون الثمن، وإن باعها بمائة وعشرين نسيئة من غير رهن لم يصح البيع لأنه غرر بالمال، فإن باع بمائة نقداً وعشرين مؤجلاً وأخذ بالعشرين رهناً جاز لأنه لو باعها بمائة نقداً جاز فلأن يجوز وقد زاده عشرين أولى، وإن باعها بمائة وعشرين نسيئة وأخذ بها رهناً ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأنه أخرج ماله من غير عوض. والثاني يجوز وهو ظاهر النص وقول أبي إسحاق لأنه باع بربح واستوثق بالرهن فجاز.

فصل: ولا يكاتب عبده ولو كان بأضعاف القيمة، لأنه يأخذ العوض من كسبه وهو مال له فيصير كالعتق من غير عوض.

فصل: ولا يسافر بماله من غير ضرورة، لأن فيه تغريراً بالمال ويروى «إن المسافر وماله **على قلت**» أي على هلاك وفيه قول الشاعر:

بغاث الطير أكثرها فراخاً وأم الباز مقلاة نزورُ

فصل: فإن دعت إليه ضرورة بأن خاف عليه الهلاك في الحضر لحريق أو نهب جاز أن يسافر به لأن السفر ههنا أحوط.

فصل: ولا يودع ماله ولا يقرضه من غير حاجة لأنه يخرجه من يده فلم يجز، فإن خاف من نهب أو حريق أو غرق أو أراد سفراً وخاف عليه جاز له الإيداع والاقراض فإن قدر على الإيداع دون الاقراض أودع ولا يودع إلا ثقة، وإن قدر على الاقراض دون الإيداع أقرضه، ولا يقرضه إلا ثقة ملياً لأن غير الثقة يجحد، وغير الملي لا يمكن أخذ البدل منه، فإن أقرض ورأى أخذ الرهن عليه أخذ، وإن رأى ترك الرهن لم يأخذ وإن قدر على الإيداع والاقراض فالاقراض أولى لأن القرض مضمون بالبدل، والوديعة غير

المفسرين. وأما في اللغة فإنه يقال أسجل الكلام إذا أرسله. قال محمد بن الحنفية في قوله تعالى: ﴿هل جزاء الإحسان إلا الإحسان﴾ [الرحمن: ٦٠] هي مسجلة للبر والفاجر أي مرسلة لم يشترط فيها بر ولا فاجر قوله: **(على قلت)** فسر بالهلاك. والبغاث من الطير ما يصاد ولا

مضمونة فكان القرض أحوط، فإن ترك الاقراض وأودع ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه يجوز كل واحد منهما فإذا قدر عليهما تخير بينهما، والثاني لا يجوز لقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ [المؤمنون: ٩٦] والاقراض ههنا أحسن فلم يجز تركه، ويجوز أن يقترض له إذا دعت إليه الحاجة ويرهن ماله عليه لأن في ذلك مصلحة له فجاز.

فصل: وينفق عليه بالمعروف **من غير إسراف ولا إقتار** لقوله تعالى ﴿والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا، وكان بين ذلك قواماً﴾ [الفرقان: ٦٧] وإن رأى أن يخلط ماله بماله في النفقة جاز لقوله تعالى ﴿ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح﴾ [البقرة: ٢٢٠] فإن بلغ الصبي واختلفا في النفقة، فإن كان الولي هو الأب أو الجد فالقول قوله، وإن كان غيرهما ففيه وجهان: أحدهما يقبل لأن في إقامة البينة على النفقة مشقة فقبل قوله، والثاني لا يقبل قوله كما لا يقبل في دعوى الضرر **والغبطة في بيع العقار**.

فصل: وإن أراد أن يبيع ماله بماله، فإن كان أباً أو جداً جاز ذلك لأنهما لا يتهمان في ذلك لكمال شفقتهما، وإن كان غيرهما لم يجز لما روي أن النبي ﷺ قال «لا يشتري الوصي من مال اليتيم» ولأنه متهم في طلب الحظ له في بيع ماله من نفسه فلم يجعل ذلك إليه.

فصل: وإن أراد أن يأكل من ماله نظرت، فإن كان غنياً لم يجز لقوله تعالى: ﴿ومن كان غنياً فليستعفف﴾ [النساء: ٦] وإن كان فقيراً جاز أن يأكل لقوله تعالى: ﴿ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ [النساء: ٦] وهل يضمن البدل فيه قولان: أحدهما لا يضمن لأنه أجير له الأكل بحق الولاية فلم يضمنه كالرزق الذي يأكله الإمام من أموال المسلمين،

يصيد وهي شرارها يقال فيه بغاث وبغاث وبغاث ثلاث لغات. والأبغث قريب من الأغبر مقلاة نزور المقلاة التي لا يعيش لها ولد، والنزور قليلة الأولاد من النزر وهو اليسير.

قوله: **(من غير إسراف ولا إقتار)** الإسراف التبذير ومجاوزة القصد. وقيل هو مالا يكون مأجوراً ولا مشكوراً. والإقتار التضييق في النفقة يقال قتر على عياله مخفف، يقتر قتراً وقتوراً أي ضيق ﴿وكان الإنسان قتوراً﴾ [الإسراء: ١٠٠] قوله: **(والغبطة في بيع العقار)** الغبطة هي حسن الحال، ومنه قولهم اللهم غبطاً لا هبطاً أي نسألك الغبطة ونعوذ بك أن نهبط عن حالنا. والغبطة أن يتمنى مثل مال المغبوط من غير أن يريد زواله عنه، وليس بحسد تقول منه غبطته أغبطه غبطاً وغبطة وهو مغتبط بكسر الباء أي مغبوط والمعنى يبيعه له بما يغبط عليه ويتمنى غيره أنه له قوله: **(ومن كان غنياً فليستعفف)** يقال عف عن المسألة واستعف أي كف

والثاني أنه يضمن لأنه مال لغيره أجيز له أكله للحاجة فوجب ضمانه كمن اضطر إلى مال غيره.

فصل: ولا يفك الحجر عن الصبي حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد لقوله تعالى: ﴿حتى إذا بلغوا النكاح **فإن آنستم منهم رشداً** فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦] فأما البلوغ فإنه يحصل بخمسة أشياء: ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة وهي الإنزال والسن والانبات، واثنان تختص بهما المرأة وهما الحيض والحبل، فأما الإنزال فهو إنزال **المني** فمتى أنزل صار بالغاً، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا﴾ [النور: ٥٩] فأمرهم بالاستئذان بعد الاحتلام فدل على أنه بلوغ، وروى عطية القرظي قال: عرضنا على رسول الله ﷺ زمن قريظة فمن كان محتلماً أو نبتت عانته قتل فلو لم يكن بالغاً لما قتل، وأما السن فهو أن يستكمل خمس عشرة سنة، والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: «عرضت على رسول الله ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة، **فلم يجزني** ولم يرني بلغت، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة سنة فرآني بلغت فأجازني» وأما الإنبات فهو الشعر الخشن الذي ينبت على العانة، وهو بلوغ في حق الكافر، والدليل عليه ما روى عطية القرظي قال: كنت فيمن حكم فيهم سعد بن معاذ رضي الله عنه فشكوا في أمن الذرية أنا أم من المقاتلة؟ فقال رسول الله ﷺ «أنظروا فإن كان قد أنبت وإلا فلا تقتلوه»، فنظروا فإذا عانتي لم تنبت فجعلوني في الذرية ولم أقتل. وهل هو بلوغ في نفسه أو دلالة على البلوغ؟ فيه قولان: أحدهما أنه بلوغ فعلى هذا هو بلوغ في حق المسلم، لأن ما كان بلوغاً في حق الكافر كان بلوغاً في حق المسلم كالاحتلام والسن، والثاني أنه دلالة على البلوغ فعلى هذا هل يكون دلالة في حق المسلم، وفيه وجهان: أحدهما أنه دلالة، لما روى محمد بن يحيى بن حبان أن غلاماً من الأنصار شبب بامرأة في شعره فرفع إلى عمر رضي الله عنه، فلم يجده أنبت فقال: لو أنبت الشعر لحددتك، والثاني أنه ليس بدلالة في حق المسلم وهو ظاهر النص لأن المسلمين يمكن الرجوع إلى أخبارهم، فلم يجعل ذلك دلالة في حقهم والكفار لا يمكن

فهو عف وعفيف ومنه العفاف قوله: (**فإن آنستم منهم رشداً**) أي علمتم وأصله العلم بالخبر وقيل أبصرتم ومنه إنسان العين وهي الحدقة التي يبصر بها يقال أنست منه رشداً أي علمته وأنست منه الصوت أي سمعه. والرشد خلاف الغي يقال رشد بالفتح يرشد بالضم، ورشد بالكسر يرشد بالضم رشداً ورشداً ورشاداً قوله: (**المني**) مشدد معروف وأصله من مني إذا سال ومنه سميت منى لما يسيل فيها من دماء الهدي قوله: (**فلم يجزني**) أي لم يأذن لي في الجهاد. من العبد المجاز وهو المأذون له. ويقال أيضاً جوز له ما صنع وأجاز أي سوغ له ذاك ومعناه لم يعد في المقاتلة فيأخذ سهماً من الغنيمة.

الرجوع إلى أخبارهم، فجعل ذلك دلالة في حقهم، ولأن الكافر لا يستفيد بالبلوغ إلا وجوب الحرية ووجوب القتل فلا يتهم في مداواة العانة بما ينبت الشعر، والمسلم يستفيد بالبلوغ التصرف والكمال بالأحكام فلا يؤمن أن يداوي العانة بما ينبت الشعر، فلم يجعل ذلك دلالة في حقه. فأما الحيض فهو بلوغ لما روى أن النبي ﷺ قال لأسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما **«إن المرأة إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا»** وأشار إلى الوجه والكف فعلق وجوب الستر بالمحيض وذلك تكليف فدل على أنه بلوغ يتعلق به التكليف، وأما الحبل فهو دليل على البلوغ، فإذا حبلت حكمنا بأنها بالغ لأن الحبل لا يكون إلا بإنزال الماء فدل على البلوغ، فإذا كانت المرأة لها زوج فولدت حكمنا بأنها بالغ من قبل الوضع بستة أشهر، لأن ذلك أقل مدة الوضع، وإن كانت مطلقة وأتت بولد يلحق الزوج حكمنا بأنها بالغ من قبل الطلاق، وإن كانت خنثى فخرج المني من ذكره أو الدم من فرجه، لم يحكم بالبلوغ لجواز أن يكون ذلك من العضو الزائد، فإن خرج المني من الذكر والدم من الفرج فقد بلغ لأنه إذا كان رجلاً فقد أمنى وإن كان امرأة فقد حاضت.

فصل: فأما إيناس الرشد فهو إصلاح الدين والمال فإصلاح الدين أن لا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة، وإصلاح المال أن يكون حافظاً لماله غير مبذر، ويختبره الولي اختبار مثله من تجارة إن كان تاجراً **أو تناء إن كان تانئاً**، أو إصلاح أمر البيت إن كان امرأة. واختلف أصحابنا في وقت الاختبار، فمنهم من قال لا يختبر في التجارة إلا بعد البلوغ لأن قبل البلوغ لا يصح تصرفه فلا يصح اختباره، ومنهم من قال يختبر قبل البلوغ لقوله تعالى: ﴿**وابتلوا اليتامى** حتى إذا بلغوا النكاح﴾ [النساء: ٦] فأمر باختبار اليتامى وهم الصغار، فعلى هذا كيف يختبر؟ فيه وجهان: أحدهما أنه يسلم إليه المال فإذا ساوم وقرر الثمن عقد الولي لأن عقد الصبي لا يصح، والثاني أنه يتركه حتى يعقد لأن هذا موضع ضرورة.

شبب بامرأة في شعره. التشبيب: النسيب يقال هو يشبب بها أي يذكرها في شعره. واشتقاق التشبيب من وجهين: أحدهما من الشبيبة أصلها الارتفاع عن حال الطفولية. والآخر أن يكون من الجلاء يقال شب وجه الجارية إذا جلاه وأبدى ما يخفى من محاسنه قوله: **(المرأة إذا بلغت المحيض)** هو ههنا الوقت والزمان الذي تحيض فيه.. والتكليف إيجاب الفرائض وقد ذكر. قوله: **(أو تناء إن كان تانئاً)** التنأ الزراعة والتانئ الزارع وأصلها الإقامة يقال تنأ بالمكان يتنأ تنوءاً بالهمز إذا أقام به وقطنه والتانئ من ذاك وهم تناء البلد والاسم التناءة من الصحاح قوله: **(وابتلوا اليتامى)** اختبروهم والابتلاء الاختبار قال الله تعالى: ﴿ولنبلونكم حتى نعلم﴾ [محمد: ٣١] المهذار الذي يخرج المال في غير وجهه وأصله التفريق

فصل: وإن بلغ مبذراً استديم الحجر عليه لأن الحجر عليه إنما يثبت للحاجة إليه لحفظ المال والحاجة قائمة مع التبذير فوجب أن يكون الحجر باقياً، وإن بلغ مصلحاً للمال فاسقاً في الدين استديم الحجر عليه لقوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦] والفاسق لم يؤنس منه الرشد ولأن حفظه للمال لا يوثق به مع الفسق لأنه لا يؤمن أن يدعوه الفسق إلى التبذير فلم يفك الحجر عنه ولهذا لم تقبل شهادته وإن كان معروفاً بالصدق، لأنا لا نأمن أن يدعوه الفسق إلى الكذب، وينظر في ماله من كان ينظر في حال الصغر، وهو الأب والجد والوصي والحاكم، لأنه حجر ثبت من غير قضاء، فكان النظر إلى من ذكرنا كالحجر على الصبي والمجنون.

فصل: وإن بلغ مصلحاً للدين والمال فك عنه الحجر لقوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦] وهل يفتقر فك الحجر إلى الحاكم فيه وجهان: أحدهما لا يفتقر إلى الحاكم لأنه حجر ثبت من غير حكم فزال من غير حكم كالحجر على المجنون، والثاني أنه يفتقر إلى الحاكم لأنه يحتاج إلى نظر واختبار فافتقر إلى الحاكم كفك الحجر عن السفيه.

فصل: وإن فك عنه الحجر ثم صار مبذراً حجر عليه، لما روي أن عبد الله بن جعفر رضي الله عنه ابتاع **أرضاً سبخة** بستين ألفاً فقال عثمان: ما يسرني أن تكون لي بنعلي معاً فبلغ ذلك علياً كرم الله وجهه وعزم أن يسأل عثمان أن يحجر عليه فجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير، وذكر أن علياً يريد أن يسأل عثمان رضي الله عنهما أن يحجر عليه، فقال الزبير أنا شريكك فجاء علي إلى عثمان رضي الله عنهما وسأله أن يحجر عليه، فقال كيف أحجر على من شريكه الزبير، فدل على جواز الحجر، لأن كل معنى اقتضى الحجر إذا قارن البلوغ اقتضى الحجر، إذا طرأ بعد البلوغ كالجنون، فإن فك عنه الحجر ثم صار فاسقاً ففيه وجهان: قال أبو العباس: يعاد عليه الحجر لأنه معنى يقتضي الحجر عند البلوغ فاقتضى الحجر بعده كالتبذير، وقال أبو إسحاق: لا يعاد عليه الحجر، لأن الحجر للفسق لخوف التبذير وتبذير الفاسق ليس بيقين فلا يزال به ما تيقنا من حفظه للمال ولا يعاد عليه الحجر بالتبذير إلا بالحاكم لأن علياً كرم الله وجهه أتى عثمان رضي الله عنه وسأله أن يحجر على عبد الله بن جعفر، ولأن العلم بالتبذير يحتاج إلى

ومنه البذر في الزراعة لأنه يفرق قوله: **(السفيه)** السفه التبذير وأصله الخفة والطيش والحركة قال:

وابيض موشى القميص نصبته   على ظهر مقلاة سفيه جديلها

يعني خفيف زمامها وقد ذكر قوله: **(أرضاً سبخة)** هي رديئة التربة فيها ملوحة، ولا تكاد تنبت. والسباخ من الأرض التي لا تنبت وفي المثل: كالزارع في السباخ الواحدة سبخة،

نظر، فإن الغبن قد يكون تبذيراً، وقد يكون غير تبذير، ولأن الحجر للتبذير مختلف فيه، فلا يجوز إلا بالحاكم فإذا حجر عليه لم ينظر في ماله إلا الحاكم لأنه حجر ثبت بالحاكم فصار هو الناظر كالحجر على المفلس، ويستحب أن يشهد على الحجر ليعلم الناس بحاله وأن من عامله ضيع ماله، فإن أقرضه رجل مالاً أو باع منه متاعاً، لم يملكه لأنه محجور عليه لعدم الرشد، فلم يملك بالبيع والقرض كالصبي والمجنون، فإن كانت العين باقية ردت، وإن كانت تالفة لم يجب ضمانها لأن المالك إن علم بحاله فقد دخل **على بصيرة** وأن ماله ضائع، وإن لم يعلم فقد فرط حين ترك الاستظهار، ودخل في معاملته على غير معرفة، وإن غصب مالاً وأتلفه وجب عليه ضمانه، لأن حجر العبد والصبي آكد من حجره، ثم حجر العبد والصبي لا يمنع من وجوب ضمان المتلف، فلأن لا يمنع حجر المبذر أولى، فإن أودعه مالاً فأتلفه ففيه وجهان: أحدهما أنه لا يجب ضمانه لأنه فرط في التسليم إليه، والثاني يجب ضمانه لأنه لم يرض بالإتلاف فإن أقر بمال لم يقبل إقراره، لأنه حجر عليه لحظه فلا يصح إقراره بالمال كالصبي، ولأنا لو قلنا يصح إقراره وصل بالإقرار إلى إبطال معنى الحجر وما لا يلزمه بالإقرار والابتياع لا يلزمه إذا فك عنه الحجر، لأنا أسقطنا حكم الإقرار والابتياع لحفظ المال، فلو قلنا إنه يلزمه إذا فك عنه الحجر لم يؤثر الحجر في حفظ المال. وإن طلق امرأته صح الطلاق لأن الحجر لحفظ المال، والطلاق لا يضيع المال بل يتوفر المال عليه، وإن خالع جاز لأنه إذا صح الطلاق بغير مال فلأن يصح بالمال أولى، ولا يجوز للمرأة أن تدفع إليه المال، فإن دفعته لم يصح القبض ولم تبرأ المرأة منه، فإن تلف كان ذلك من ضمانها، وإن تزوج من غير إذن الولي فالنكاح باطل لأنه يجب به المال، فإذا صححنا من غير إذن الولي تزوج من غير حاجة فيؤدي إلى إتلاف المال، فإن تزوج بإذنه صح لأن الولي لا يأذن إلا في موضع الحاجة، فلا يؤدي إلى إتلاف ماله، فإن باع بإذنه ففيه وجهان: أحدهما يصح لأنه عقد معاوضة فملكه بالإذن كالنكاح، والثاني لا يصح لأن القصد منه المال وهو محجور عليه في المال فإن حلف انعقدت يمينه، فإذا حنث كفر بالصوم لأنه مكلف ممنوع من التصرف بالمال فصحت يمينه وكفر بالصوم كالعبد. وإن أحرم بالحج صح إحرامه لأنه من أهل العبادات، فإن كان فرضاً لم يمنع من إتمامه، ويجب الإنفاق عليه إلى أن يفرغ منه لأنه مال يحتاج إليه لأداء الفرض فوجب، وإن كان تطوعاً فإن كان ما يحتاج إليه في الحج لا يزيد على نفقته لزمه إتمامه وإن كان يزيد على نفقته، فإن كان له كسب إذا أضيف إلى النفقة أمكنه الحج لزمه إتمامه، وإن لم يمكنه حلله الولي من الإحرام ويصير كالمحصر

قوله: **(على بصيرة)** البصيرة ههنا الاستبصار أي على علم وأمر يبصره والبصيرة في غير هذا الحجة، ﴿بل الإنسان على نفسه بصيرة﴾ أي هو حجة على نفسه.

ويتحلل بالصوم دون الهدي لأنه محجور عليه في المال فتحلل بالصوم دون الهدي كالعبد، وإن أقر بنسب ثبت النسب لأنه حق ليس بمال فقبل إقراره به كالحد، وينفق على الولد من بيت المال لأن المقر محجور عليه في المال، فلا ينفق عليه من المال كالعبد وإن وجب له القصاص فله أن يقتص ويعفو لأن القصد منه التشفي ودرك الغيظ فإن عفا على مال وجب المال، وإن عفا مطلقاً أو عفا على غير مال، فإن قلنا إن القتل يوجب أحد الأمرين من القصاص أو الدية وجبت الدية ولم يصح عفوه عنها، وإن قلنا إنه لا يوجب غير القصاص سقط ولم يجب المال.

. . . .

كتاب الصلح

إن كان لرجل عند رجل عين في يده أو دين في ذمته جاز أن يصالح منه، والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»(١) والصلح جائز بين المسلمين، فإن صالح عن المال على مال فهو بيع يثبت فيه ما يثبت في البيع من الخيار، ويحرم فيه ما يحرم في البيع من الغرر والجهالة والربا ويفسد بما يفسد به البيع من الشروط الفاسدة، لأنه باع ماله بمال فكان حكمه حكم البيع فيما ذكرناه، وإن صالحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض لم يصح لأنه بيع دين بدين تفرقا فيه قبل القبض، فإن صالحه من دين على عين وتفرقا قبل القبض، ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنهما تفرقا والعوض والمعوض في ضمان واحد فأشبه إذا تفرقا عن دين بدين، والثاني يصح لأنه بيع عين بدين فصار كبيع العين بالثمن في الذمة، وإن صالح عن المال على منفعة فهو إجارة يثبت فيه ما يثبت في الإجارة من الخيار، ويبطل بما تبطل به الإجارة من الجهالة، لأنه استأجر منفعة بالمال فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الإجارة.

فصل: وإن صالح من دار على نصفها ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه ابتاع ماله بماله، والثاني يصح لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كأنه وهب النصف وأخذ النصف، وإن صالحه من الدار على سكناها سنة ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه ابتاع داره بمنفعتها، والثاني يصح لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كما لو أخذ الدار وأعاره سكناها سنة، وإن صالحه من ألف درهم على خمسمائة ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه بيع ألف بخمسمائة، والثاني أنه يصح لأنه لما عقد بلفظ الصلح جعل كأنه قال أبرأتك من خمسمائة وأعطني خمسمائة.

فصل: وإن ادعى عليه عيناً في يده أو ديناً في ذمته فأنكر المدعي عليه فصالحه منه على عوض لم يصح الصلح، لأن المدعي اعتاض عما لا يملكه فصار كمن باع مال غيره، والمدعي عليه عاوض على ملكه فصار كمن ابتاع مال نفسه من وكيله، فإن جاء أجنبي إلى المدعي وصدقه على ما ادعاه وقال صالحني منه على مال لم يخل، إما أن

كتاب الصلح

الصلح بضم الصاد الاسم من المصالحة تذكر وتؤنث. والصلاح بكسر الصاد مصدر المصالحة يقال صالح صلاحاً مثل قاتل قتالاً وقد اصطلحاوا صالحاً أيضاً مشددة الصاد. وهو نوع من البيع لقطع الخصومة ولهذا قال في الوسيط إن بعض العلماء قال إن الصلح لا يكون

---

(١) رواه البخاري في كتاب الإجارة باب ١٤، أبو داود في كتاب الأقضية باب ١٢.

يكون المدعي عيناً أو ديناً فإن كان ديناً نظرت، فإن صالحه عن المدعي عليه صح الصلح، لأنه إن كان قد وكله المدعى عليه فقد قضى دينه بإذنه، وإن لم يوكله فقد قضى دينه بغير إذنه وذلك يجوز، فإن صالحه عن نفسه وقال صالحني عن هذا الدين ليكون لي في ذمة المدعي عليه ففيه وجهان بناء على الوجهين في بيع الدين من غير من عليه: أحدهما لا يصح لأنه لا يقدر على تسليم ما في ذمة المدعي عليه، والثاني يصح كما لو اشترى وديعة في يد غيره. وإن كان المدعي عيناً فإن صالحه عن المدعي عليه وقال قد أقر لك في الباطن، ووكلني في مصالحتك فصدقه المدعي صح الصلح، لأن الاعتبار بالمتعاقدين وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه فجاز ثم ينظر فيه، فإن كان قد أذن له في الصلح ملك المدعي عليه العين لأنه ابتاعه له وكيله، وإن لم يكن أذن له في الصلح لم يملك المدعي عليه العين، لأنه ابتاع له عيناً بغير إذنه فلم يملكه، ومن أصحابنا من قال يملكه ويصير هذا الصلح استنقاذاً لماله كما قال الشافعي رحمه الله في رجل في يده دار فجعلها مسجداً، ثم ادعاها رجل فأنكر **فاستنقذه الجيران** من المدعي بغير إذن المدعى عليه أنه يجوز ذلك. وإن صالحه لنفسه، فقال: أنا أعلم أنه لك فصالحني، فأنا أقدر على أخذه صح الصلح، لأنه بمنزلة بيع المغصوب ممن يقدر على أخذه، فإن أخذه استقر الصلح، وإن لم يقدر على أخذه فهو بالخيار بين أن يفسخ ويرجع إلى ما دفع وبين أن يصبر إلى أن يقدر كمن ابتاع عبداً فأبق قبل القبض.

فصل: إذا أقر المدعي عليه بالحق ثم أنكر جاز الصلح، فإن أنكر فصولح ثم أقر كان الصلح باطلاً لأن الإقرار المتقدم لا يبطل بالإنكار الحادث فيصح الصلح إذا أنكر بعد إقراره لوجوده بعد لزوم الحق، ولم يصح الصلح إذا كان عقيب إنكاره وقبل إقراره لوجوده قبل لزوم الحق.

فصل: فلو أنكر الحق فقامت عليه البينة جاز الصلح عليه للزوم الحق بالبينة كلزومه بالإقرار لفظاً، ويقاس عليه ما لو نكل المدعي عليه فحلف المدعي من طريق الأولى إذ اليمين المردودة كالإقرار على أحد القولين.

فصل: وإن ادعى عليه مالاً فأنكره ثم قال صالحني عنه، لم يكن ذلك إقراراً له بالمال لأنه يحتمل أنه أراد قطع الخصومة فلم يجعل ذلك إقراراً، فإن قال بعني ذلك ففيه وجهان: أحدهما لا يجعل ذلك إقراراً وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفرايني لأن البيع والصلح واحد، فإذا لم يكن الصلح إقراراً لم يكن البيع إقراراً، والثاني وهو قول شيخنا

إلا بعد خصومة قوله: **(فاستنقذه الجيران)** أي خلصوه. يقال أنقذه من فلان واستنقذه منه، وتنقذه بمعنى أي نجاه وخلصه. والنقذ بالتحريك ما أنفذته وهو فعل بمعنى مفعول مثل نقض

القاضي أبي الطيب أنه يجعل ذلك إقراراً لأن البيع تمليك والتمليك لا يصح إلا ممن يملك.

فصل: وإن أخرج جناحاً إلى طريق لم يخل إما أن يكون الطريق نافذاً أو غير نافذ، فإن كان الطريق نافذاً نظرت؛ فإن كان الجناح لا يضر بالمارة جاز ولم يعترض عليه، واختلفوا في علته، فمن أصحابنا من قال يجوز لأنه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير إضرار فجاز كالمشي في الطريق، ومنهم من قال يجوز لأن الهواء تابع للقرار، فلما ملك الارتفاق بالطريق من غير إضرار ملك الارتفاق بالهواء من غير إضرار، فإن وقع الجناح أو نقضه وبادر من يحاذيه فأخرج جناحاً يمنع من إعادة الجناح الأول جاز لأن الأول ثبت له الارتفاق بالسبق إلى إخراج الجناح، فإذا زال الجناح جاز لغيره أن يرتفق كما لو قعد في طريق واسع ثم انتقل عنه.

فصل: فإن صالحه الإمام عن الجناح على شيء لم يصح الصلح لمعنيين: أحدهما أن الهواء تابع للقرار في العقد فلا يفرد بالعقد كالحمل، والثاني أن ذلك حق له فلا يجوز أن يؤخذ منه عوض على حقه كالاجتياز في الطريق، وإن كان الجناح يضر بالمارة لم يجز وإذا أخرجه وجب نقضه لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار»، ولأنه يضر بالمارة في طريقهم فلم يجز كالقعود في المضيق، وإن صالحه الإمام من ذلك على شيء لم يجز لمعنيين: أحدهما أن الهواء تابع للقرار فلا يفرد بالعقد، والثاني أن ما منع منه للإضرار بالناس لم يجز بعوض كالقعود في المضيق والبناء في الطريق.

فصل: ويرجع فيما يضر وفيما لا يضر إلى حال الطريق، فإن كان الطريق لا تمر فيه القوافل ولا تجوز فيه الفوارس، لم يجز إخراج الجناح إلا بحيث يمر الماشي تحته منتصباً، لأن الضرر يزول بهذا القدر ولا يزول بما دونه، وإن كان الطريق تمر فيه القوافل وتجوز فيه الفوارس، لم يجز إلا عالياً بمقدار ما تمر العمارية تحته ويمر الراكب منتصباً، وقال أبو عبيدة ابن حربويه: لا يجوز حتى يكون عالياً يمر الراكب ورمحه منصوب لأنه ربما ازدحم الفرسان، فيحتاج إلى نصب الرماح ومتى لم ينصبوا تأذى الناس بالرماح والأول هو المذهب لأنهم يمكنهم أن يضعوا أطرافها على الأكتاف غير منصوبة فلا يتأذوا.

فصل: وإن أخرج جناحاً إلى دار جاره من غير إذنه لم يجز، واختلف أصحابنا في تعليله، فمنهم من قال لا يجوز لأنه ارتفاق بما تعين مالكه فلم يجز بغير إذنه من غير ضرورة كأكل ماله، ومنهم من قال: لا يجوز لأن الهواء تابع للقرار والجار لا يملك

وقبض قوله: **(وإن أخرج جناحاً)** الجناح بناء متعلق بخشب خارج عن الدار مشبه بجناح

الارتفاق بقرار دار الجار، فلا يملك **الارتفاق** بهواء داره، فإن صالحه صاحب الدار على شيء لم يجز لأن الهواء تابع فلا يفرد بالعقد.

فصل: وإن أخرج جناحاً إلى درب غير نافذ نظرت؛ فإن لم يكن له في الدرب طريق لم يجز لما ذكرناه في دار الجار، وإن كان له فيه طريق ففيه وجهان: أحدهما يجوز وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني لأن الهواء تابع للقرار، فإذا جاز أن يرتفق بالقرار **بالاجتياز** جاز أن يرتفق بالهواء بإخراج الجناح، والثاني لا يجوز وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله لأنه موضع تعين ملاكه، فلم يجز إخراج الجناح إليه كدار الجار، فإن صالحه عنه أهل الدرب، فإن قلنا يجوز إخراج الجناح لم يجز الصلح لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى الشارع، وإن قلنا لا يجوز إخراجه لم يجز الصلح لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى دار الجار.

فصل: وإن أراد أن يعمل **ساباطاً** ويضع أطراف أجذاعه على حائط الجار المحاذي لم يجز ذلك من غير إذنه لأنه حمل على ملك الغير من غير ضرورة، فلم يجز من غير إذنه كحمل المتاع على بهيمة غيره، فإن صالحه منه على شيء جاز إذا عرف مقدار الأجذاع، فإن كانت حاضرة نظر إليها، وإن لم تحضر وصفها فإن أراد أن يبني عليها ذكر سمك البناء وما يبنى به فإن أطلق كان بيعاً مؤبداً لمغارز الأجذاع ومواضع البناء، وإن وقت كان ذلك إجارة تنقضي بانقضاء المدة.

فصل: ولا يجوز أن **يفتح كوة** ولا يسمر مسماراً في حائط جاره إلا بإذنه ولا في الحائط المشترك بينه وبين غيره إلا بإذنه لأن ذلك يوهي الحائط ويضربه فلا يجوز من غير إذن مالكه، ولا يجوز أن يبني على حائط جاره، ولا على الحائط المشترك شيئاً من غير إذن مالكه، ولا على السطحين المتلاصقين حاجزاً من غير إذن صاحبه، لأنه حمل على

الطائر قوله: **(الارتفاق)** الارتفاق الانتفاع ارتفق بالشيء انتفع به وقد ذكر قوله: **(الاجتياز)** هو السلوك جاز يجوز واجتاز إذا مشى وسلك في الطريق. قال الراجز:

خلوا الطريق عن أبي سياره ... حتى يجيز سالماً حماره

قوله: **(إلا شارع)** الشارع الطريق الأعظم وأصله من مشرعة الماء وهي طريق الواردة. والشارع أيضاً ما كان نافذ الطريقين والزقاق ما ليس نافذاً وكذلك الدرب. قال الجوهري الزقاق السكة تذكر وتؤنث والجمع الزقان، والأزقة مثل حوار وحوران قوله: **(ساباطاً)** الساباط مفسر وهو بناء بين الدارين المتحاذيتين بأخشاب توضع على كل واحدة من الدارين. وقال في فقه اللغة إذا كانت سقيفة بين حائطين تحتها طريق فهو الساباط. والجذوع الأخشاب واحدها جذع يكون من النخل وغيرها قوله: **(بفتح كوة)** الكوة هي ثقب البيت والجمع كوى

ملك الغير فلم يجز من غير إذن كالحمل على بهيمته ولا يجوز أن يجري على سطحه ماء من غير إذنه، فإن صالحه منه على عوض جاز إذا عرف السطح الذي يجري ماؤه لأنه يختلف ويتفاوت.

فصل: وفي وضع الجذوع على حائط الجار والحائط الذي بينه وبين شريكه قولان: قال في القديم يجوز فإذا امتنع الجار أو الشريك أجبر إذا كان الجذع خفيفاً لا يضر بالحائط ولا يقدر على التسقيف إلا به، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره»[1] قال أبو هريرة رضي الله عنه: إني لأراكم عنها معرضين والله لأرمينها بين أظهركم ولأنه إذا وجب بذلك فضل الماء لكلأ لاستغنائه عنه وحاجة غيره وجب بذل فضل الحائط لاستغنائه عنه وحاجة جاره وقال في الجديد لا يجوز بغير إذن، وهو الصحيح لقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه» ولأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلا يجوز بغير إذنه كالحمل على بهيمته والبّناء في أرضه وحديث أبي هريرة نحمله على الاستحباب. وأما الماء فإنه غير مملوك في قول بعض أصحابنا والحائط مملوك، ولأن الماء لا تنقطع مادته والحائط بخلافه، فإن كان الجذع ثقيلاً يضر بالحائط لم يجز وضعه من غير إذنه قولاً واحداً، لأن الارتفاق بحق الغير لا يجوز مع الاضرار، ولهذا لا يجوز أن يخرج إلى الطريق جناحاً يضر بالمارة وإن كان لا حاجة إليه لم يجبر عليه لأن الفضل إنما يجب بذله عند الحاجة إليه، ولهذا يجب بذلك فضل الماء عند الحاجة إليه للكلأ، ولا يجب مع عدم الحاجة. فإن قلنا يجبر عليه فصالح منه على مال لم يجز لأن من وجب له حق لا يؤخذ منه عوضه، وإن قلنا لا يجبر عليه فصالح منه على مال جاز على ما بيناه في أجذاع الساباط.

فصل: إذا وضع الخشب على حائط الجار أو الحائط المشترك وقلنا إنه يجبر في قوله القديم أو صالح عنه على مال في قوله الجديد فرفعه جاز له أن يعيده، فإن صالحه صاحب الحائط عن حقه بعوض ليسقط حقه من الوضع جاز لأن ما جاز بيعه جاز ابتياعه كسائر الأموال.

فصل: وإن كان في ملكه شجرة فاستعلت وانتشرت أغصانها وحصلت في دار جاره، جاز للجار مطالبته بإزالة ما حصل في ملكه، فإن لم يزله جاز للجار إزالته عن

وكوى أيضاً، مقصور مثل بدرة وبدر الكوة بالضم لغة الجمع على كوى قوله: **(لا تنقطع**

---

(١) رواه البخاري في كتاب المظالم باب ٢٠. مسلم في كتاب المساقاة حديث ١٣٦. أبو داود في كتاب الأقضية باب ٣١. ابن ماجه في كتاب الأحكام باب ١٥. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ٣٢.

ملكه كما لو دخل رجل إلى داره بغير إذنه، فإن له أن يطالبه بالخروج، فإن لم يخرج أخرجه فإن صالحه منه على مال، فإن كان يابساً لم يجز لأنه عقد **على الهواء والهواء لا يفرد بالعقد**، وإن كان رطباً لم يجز لما ذكرناه ولأنه صلح على مجهول لأنه يزيد في كل وقت.

فصل: وإن كان لرجل في زقاق لا ينفذ دار وظهرها إلى الشارع، ففتح باباً من الدار إلى الشارع جاز لأن له حق الاستطراق في الشارع فجاز أن يفتح إليه باباً من الدار، وإن كان باب الدار إلى الشارع وظهرها إلى الزقاق ففتح باباً من الدار إلى الزقاق نظرت؛ فإن فتحه **ليستطرق الزقاق** لم يجز لأنه يجعل لنفسه حق الاستطراق في درب مملوك لأهله لا حق له في طريقه، فإن قال أفتحه ولا أجعله طريقاً بل أغلقه وأسمره ففيه وجهان: أحدهما إن له ذلك لأنه إذا جاز له أن يرفع جميع حائط الدار فلأن يجوز أن يفتح فيه باباً أولى، والثاني لا يجوز لأن الباب دليل على الاستطراق فمنع منه، وإن فتح في الحائط كوة إلى الزقاق جاز لأنه ليس بطريق ولا دليل عليه، فإن كان له داران في زقاقين غير نافذين وظهر كل واحدة من الدارين إلى الأخرى، فأنفذ إحدى الدارين إلى الأخرى ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأنه يجعل الزقاقين نافذين ولأنه يجعل لنفسه الاستطراق من كل واحد من الزقاقين إلى الدار التي ليست فيه ويثبت لأهل كل واحد من الزقاقين الشفعة في دور الزقاق الآخر على قول من يوجب الشفعة بالطريق، والثاني يجوز وهو اختيار شيخنا القاضي رحمه الله لأن له أن يزيل الحاجز بن الدارين ويجعلهما داراً واحدة ويترك البابين على حالهما فجاز أن ينفذ إحداهما إلى الأخرى.

فصل: إذا كان لداره باب في وسط درب لا ينفذ فأراد أن ينقل الباب نظرت؛ فإن أراد نقله إلى أول الدرب جاز له لأنه يترك بعض حقه من الاستطراق، وإن أراد أن ينقله إلى آخر الدرب ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأنه يريد أن يجعل لنفسه حق الاستطراق في موضع لم يكن له، والثاني يجوز لأن حقه ثابت في جميع الدرب، ولهذا لو أرادوا قسمته كان له حق في جميعه، فإن كان باب في آخر الدرب وأراد أن ينقل الباب إلى

مادته) المادة الزيادة المتصلة قوله: (**على الهواء والهواء لا يفرد بالعقد**) الهواء ههنا ممدود وهو ما بين السماء والأرض والجمع الأهوية وكل خال هواء. وقوله عز وجل قوله: (**أفئدتهم هواء**) أي لا عقول لهم والهوى مقصور هوى النفس والجمع الأهواء وإذا أضفته إلى نفسك قلت هواي وهذا الشيء أهوى إلى من كذا أي أحب وهوى بالكسر يهوي هوى أي أحب. وهوى بالفتح يهوى هوياً هوياً أي سقط إلى أسفل.

قوله: (**ليستطرق الزقاق**) أي يجعله له طريقاً وكذا الاستطراق وهو استفعال من الطريق

وسطه ويجعل إلى عند الباب دهليزاً، إن قلنا إن من بابه في وسط الدرب يجوز أن يؤخره إلى آخر الدرب لم يجز لهذا أن يقدمه لأنه مشترك بين الجميع فلا يجوز أن يختص به، وإن قلنا لا يجوز جاز لهذا أن يقدمه لأنه يختص به.

فصل: إذا كان بين رجلين حائط مشترك فانهدم فدعا أحدهما صاحبه إلى العمارة، وامتنع الآخر ففيه قولان: قال في القديم يجبر لأنه إنفاق على مشترك يزول به الضرر عنه وعن شريكه فأجبر عليه كالإنفاق على العبد، وقال في الجديد لا يجبر لأنه إنفاق على ملك أو انفرد به لم يجب، فإذا اشتركا لم يجب كزراعة الأرض، فإن قلنا بقوله القديم أجبر الحاكم الممتنع على الإنفاق، فإن لم يفعل وله مال باعه وأنفق عليه فإن لم يكن له مال اقترض عليه وأنفق عليه فإذا بنى الحائط كان بينهما كما كان ومن له رسم خشب أو غيره أعاده كما كان، وإن أراد الشريك أن يبنيه لم يمنع منه لأنه يعيد رسماً في ملك مشترك فلم يمنع منه كما لو كان على الحائط **رسم خشب** فوقع فإن بنى الحائط من غير إذن الحاكم نظرت؛ **فإن بناه بآلته ونقضه** معاً عاد الحائط بينهما كما كان برسومه وحقوقه لأن الحائط عاد بعينه وليس للباني فيه إلا أثر في تأليفه، وإن بناه بغير آلته كان الحائط للباني لا يجوز لشريكه أن ينتفع من غير إذنه، فإن أراد الباني نقضه كان له ذلك لأن ملكه لا حق لغيره فيه فجاز له نقضه، فإن قال له الممتنع لا تنقض وأنا أعطيك نصف القيمة، لم يجز له نقضه لأن على هذا القول يجبر على البناء، فإذا بناه أحدهما وبذل له الآخر نصف القيمة وجب تبقيته، وأجبر عليه كما أجبر على البناء، وإن قلنا بقوله الجديد فأراد الشريك أن يبنيه لم يمنع لأنه يعيد رسماً في ملك مشترك، وهو **عرصة** الحائط فلم يمنع منه فإن بناه بآلته فهو بينهما ولكل واحد منهما أن ينتفع به ويعيد ماله من رسم خشب، وإن بناه بآلة أخرى فالحائط له وله أن يمنع الشريك من الانتفاع به، وإن أراد نقضه كان له لأنه لا حق لغيره فيه، فإن قال له الشريك لا تنقضه، وأنا أعطيك نصف القيمة لم يمنع من نقضه لأن على هذا القول لو امتنع من البناء في الابتداء لم يجبر فإذا لم يجبر على

كالاستحداد من الحديد والاستجمار من الجمار وهي الحجارة. والدرب معروف وأصله المضيق في الجبال ومنه أدرب القوم إذا دخلوا أرض العدو من بلاد الروم ذكره في الصحاح قوله: (**رسم خشب**) الرسم الأثر ورسم الدار اللاصق بالأرض. والحائط الجدار مأخوذ من حاط يحوط إذا طاف به من جوانبه قوله: (**فإن بناه بآلته ونقضه**) بالضم فهو جمع نقض وهو ما ينقض من البناء ومثله النقاضة ويجوز إسكانه للتخفيف مثل رسل ورسل. والسفل والعلو يضمان ويكسران والضم أعلى قوله: (**عرصة**) بإسكان الراء كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها شيء من بناء والجمع العراص والعرصات هذا أصله.

تبقيته، وإن قال قد كان لي عليه رسم خشب وأعطيك نصف القيمة وأعيد رسم الخشب قلنا للباني إما أن تمكنه من إعادة رسمه وتأخذ نصف القيمة، وإما أن تنقضه ليبني معك لأن القرار مشترك بينهما فلا يجوز أن يعيد رسمه ويسقط حق شريكه.

فصل: وإن كان لأحدهما علو وللآخر سفل والسقف بينهما فانهدم حيطان السفل لم يكن لصاحب السفل أن يجبر صاحب العلو على البناء قولاً واحداً لأن حيطان السفل لصاحب السفل فلا يجبر صاحب العلو على بنائه، وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على البناء؟ فيه قولان: فإن قلنا يجبر ألزمه الحاكم، فإن لم يفعل وله مال باع الحاكم عليه ماله وأنفق عليه، وإن لم يكن له مال اقترض عليه فإذا بنى الحائط كان الحائط ملكاً لصاحب السفل، لأنه بنى له وتكون النفقة في ذمته، ويعيد صاحب العلو غرفته عليه، وتكون النفقة على الغرفة وحيطانها من ملك صاحب العلو دون صاحب السفل لأنها ملكه لا حق لصاحب السفل فيه، وأما السقف فهو بينهما وما ينفق عليه فهو من مالهما، فإن تبرع صاحب العلو وبنى من غير إذن الحاكم، لم يرجع صاحب العلو على صاحب السفل بشيءٍ ثم ينظر فإن كان قد بناها بآلتها كانت الحيطان لصاحب السفل، لأن الآلة كلها له وليس لصاحب العلو منعه من الانتفاع بها، ولا يملك نقضها لأنها لصاحب السفل وله أن يعيد حقه من **الغرفة**، وإن بناها بغير آلتها كانت الحيطان لصاحب العلو، وليس لصاحب السفل أن ينتفع بها، ولا أن **يتدفيها وتداً** ولا يفتح فيها كوة من غير إذن صاحب العلو، ولكن له أن يسكن في قرار السفل، لأن القرار له ولصاحب العلو أن ينقض ما بناه من الحيطان لأنه لا حق لغيره فيها، فإن بذل صاحب السفل القيمة ليترك نقضها لم يلزمه قبولها، لأنه لا يلزمه بناؤها قولاً واحداً فلا يلزمه تبقيتها ببذل العوض والله أعلم.

قوله: **(الغرفة)** هي العلية وجمعها غرف وفي القرآن ﴿غرف من فوقها غرف﴾ قوله: **(يتد فيها وتداً)** مثل يعد ويزن وأصله يوتد كيوعد ويوزن فأعل بحذف الواو.

كتاب الحوالة

تجوز الحوالة بالدين، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**»[1].

فصل: ولا تجوز إلا على دين يجوز بيعه كعوض القرض وبدل المتلف، فأما ما لا يجوز بيعه كدين السلم ومال الكتابة فلا تجوز الحوالة به لأن الحوالة بيع في الحقيقة لأن المحتال يبيع ماله في ذمة المحيل بماله في ذمة المحال عليه، والمحيل يبيع ماله في ذمة المحال عليه بما عليه من الدين فلا يجوز إلا فيما يجوز بيعه.

فصل: واختلف أصحابنا في جنس المال الذي تجوز به الحوالة، فمنهم من قال لا تجوز إلا بما له مثل كالأثمان والحبوب وما أشبهها لأن القصد بالحوالة اتصال الغريم إلى حقه على الوفاء من غير زيادة ولا نقصان ولا يمكنه ذلك إلا فيما له مثل فوجب أن لا يجوز فيما سواه، ومنهم من قال تجوز في كل ما يثبت في الذمة بعقد السلم كالثياب والحيوان لأنه مال ثابت في الذمة يجوز بيعه قبل القبض فجازت الحوالة به كذوات الأمثال.

فصل: ولا تجوز إلا بمال معلوم لأنا بينا أنه بيع فلا تجوز في مجهول، واختلف أصحابنا في إبل الدية فمنهم من قال لا تجوز وهو الصحيح لأنه مجهول الصفة فلم تجز الحوالة به كغيره، ومنهم من قال تجوز لأنه معلوم العدد والسن فجازت الحوالة به.

فصل: ولا تجوز إلا أن يكون الحقان متساويين في الصفة والحلول والتأجيل، فإن اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة لأن الحوالة إرفاق كالقرض فلو جوزنا مع الاختلاف صار المطلوب منه طلب الفضل فتخرج عن موضوعها، فإن كان لرجل على رجلين ألف على كل واحد منهما خمسائة وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه خمسمائة

ومن كتاب الحوالة

الحوالة تحويل الحق من ذمة إلى ذمة وهي الاسم من أحال عليه بدينه قوله: (**مطل الغني ظلم**) المطل بالدين من مطلت الحديدة أمطلها إذا ضربتها، ومددتها لتطول. وكل ممدود ممطول يقال مطله وماطله بحقه. ذكره في الصحاح قوله: (**فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**) الملئ الغنى وأصله الواسع الطويل، وقد ذكر والمعنى إذا أحيل أحدكم على غنى

---

(١) رواه البخاري في كتاب الحوالات باب ١، ٢. مسلم في كتاب المساقاة حديث ٣٣. أبو داود في كتاب البيوع باب ١٠. الترمذي في كتاب البيوع باب ١٠٠، ١٠١. الموطأ في كتاب البيوع حديث ٨٤. أحمد في مسنده (٢/ ٧١، ٢٤٥).

فأحال عليهما رجلاً له عليه ألف على أن يطالب من شاء منهما بألف ففيه وجهان: أحدهما تصح وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفرايني رحمه الله لأنه لا يأخذ إلا قدر حقه، والثاني لا تصح وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله لأنه يستفيد بالحوالة زيادة في المطالبة، وذلك لا يجوز ولأن الحوالة بيع فإذا خبرناه بين الرجلين صار كما لو قال بعتك أحد هذين العبدين.

فصل: ولا تجوز الحوالة إلا على من له عليه دين لأنا بينا أن الحوالة بيع ما في الذمة بما في الذمة فإذا أحال من لا دين له عليه كان بيع معدوم فلم تصح، ومن أصحابنا من قال تصح إذا رضي المحال عليه، لأنه تحمل دين يصح إذا كان عليه مثله فصح، وإن لم يكن عليه مثله كالضمان، فعلى هذا يطالب المحيل بتخليصه كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه، فإن قضاه بإذنه رجع على المحيل وإن قضاه بغير إذنه لم يرجع.

فصل: ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال، لأنه نقل حق من ذمة إلى غيرها، فلم يجز من غير رضى صاحب الحق كما لو أراد أن يعطيه بالدين عيناً، وهل تصح من غير رضى المحال عليه؟ ينظر فيه؛ فإن كان على من لا حق له عليه وقلنا إنه تصح الحوالة على من لا حق له عليه لم تجز إلا برضاه، وإن كان على من له عليه حق ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري واختيار المزني أنه لا تجوز إلا برضاه لأنه أحد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه في الحوالة كالمحتال، والثاني وهو المذهب أنه تجوز لأنه تفويض قبض فلا يعتبر فيه رضى من عليه كالتوكيل في قبضه، ويخالف المحتال فإن الحق له فلا ينقل بغير رضاه كالبائع وههنا الحق عليه فلا يعتبر رضاه كالعبد في البيع.

فصل: إذا أحال بالدين انتقل الحق إلى المحال عليه، وبرئت ذمة المحيل لأن الحوالة، إما أن تكون تحويل حق أو بيع حق وأيهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل.

فصل: ولا يجوز شرط الخيار فيه لأنه لم **يبن على المغابنة** فلا يثبت فيه خيار الشرط، وفي خيار المجلس وجهان: أحدهما يثبت لأنه بيع فيثبت فيه خيار المجلس كالصلح، والثاني لا يثبت لأنه يجري مجرى الإبراء ولهذا لا يجوز بلفظ البيع فلم يثبت فيه خيار المجلس.

بماله فليحتل عليه وليطالبه بحقه قال الله تعالى: ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾ [البقرة: ١٧٨] والتبيع الذي يتبعك بحق ويطالبك ومنه قوله تعالى: ﴿ثم لا تجدوا لكم علينا به تبيعاً﴾ [الإسراء: ٦٩] أي تابعاً ومطالباً يطالبنا بأن يصرفه عنكم قوله: (**لم يبن على المغابنة**) هي مفاعلة من الغبن والغبن بالتسكين في البيع والغبن،

فصل: وإن أحاله على مليء فأفلس أو جحد الحق وحلف عليه لم يرجع إلى المحيل لأنه انتقل حقه إلى مال يملك بيعه فسقط حقه من الرجوع كما لو أخذ بالدين سلعة ثم تلفت بعد القبض، وإن أحاله على رجل بشرط أنه مليء فبان أنه معسر فقد ذكر المزني أنه لا خيار له، وأنكر أبو العباس هذا وقال له الخيار لأنه غره بالشرط فثبت له الخيار كما لو باعه عبداً بشرط أنه كاتب ثم بان أنه ليس بكاتب، وقال عامة أصحابنا لا خيار له، لأن الإعسار نقص فلو ثبت به الخيار لثبت من غير شرط كالعيب في المبيع، ويخالف الكتابة فإن عدم الكتابة ليس بنقص وإنما هو عدم فضيلة فاختلف الأمر فيه بين أن يشرط وبين أن لا يشرط.

فصل: وإن اشترى رجل من رجل شيئاً بألف وأحال المشتري البائع على رجل بالألف، ثم وجد بالمبيع عيباً فرده فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو علي الطبري لا تبطل الحوالة، فيطلب البائع المحال عليه بالمال، ويرجع المشتري على البائع بالثمن لأنه تصرف في أحد عوضي البيع، فلا يبطل بالرد بالعيب كما لو اشترى عبداً بثوب وقبضه وباعه ثم وجد البائع بالثوب عيباً فرده، وقال أبو إسحاق تبطل الحوالة وهو الذي ذكره المزني في المختصر فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه لأن الحوالة وقعت بالثمن، فإذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون ثمناً فإذا خرج عن أن يكون ثمناً، ولم يتعلق به حق غيرهما، وجب أن تبطل الحوالة ويخالف هذا إذا اشترى عبداً وقبضه وباعه لأن العبد تعلق به حق غير المتبايعين وهو المشتري الثاني فلم يكن إبطاله، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما فوجب إبطالها، وإن أحال الزوج زوجته بالمهر على رجل ثم ارتدت المرأة قبل الدخول، ففي الحوالة وجهان بناء على المسألة قبلها، وإن أحال البائع رجلاً على المشتري بالألف، ثم المشتري المبيع بالعيب لم تبطل الحوالة وجهاً واحداً، لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين وهو الأجنبي المحتال لم يجز إبطالها.

فصل: وإن أحال البائع على المشتري رجلاً بألف ثم اتفقا على أن العبد كان حراً، فإن كذبهما المحتال لم تبطل الحوالة كما لو اشترى عبداً وباعه ثم اتفق البائع والمشتري أنه كان حراً فإن أقاما على ذلك بينة لم تسمع لأنهما كذبا البينة بدخولهما في البيع، وإن صدقهما المحتال بطلت الحوالة لأنه ثبتت الحرية وسقط الثمن فبطلت الحوالة.

فصل: إذا أحال رجل رجلاً له عليه دين على رجل له عليه دين، ثم اختلفا فقال المحيل وكلتك وقال المحتال بل أحلتني نظرت، فإن اختلفا في اللفظ فقال المحيل وكلتك بلفظ الوكالة، وقال المحتال بل أحلتني بلفظ الحوالة، فالقول قول المحيل لأنهما

بالتحريك في الرأي يقال غبنته في البيع بالفتح أي خدعته وقد غبن فهو مغبون وغبن رأيه

اختلفا في لفظه فكان القول فيه قوله، وإن اتفقا على لفظ الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل وكلتك وقال المحتال بل أحلتني ففيه وجهان: قال أبو العباس القول قول المحتال لأن اللفظ يشهد له، ومن أصحابنا من قال القول قول المحيل وهو قول المزني لأنه يدّعي بقاء الحق في الذمة. والمحتال يدّعي انتقال الحق من الذمة، والأصل بقاء الحق في الذمة، فإن قلنا بقول أبي العباس وحلف المحتال ثبتت الحوالة وبريء المحيل وثبتت له مطالبة المحال عليه، وإن قلنا بقول المزني فحلف المحيل ثبتت الوكالة، فإن لم يقبض المال انعزل عن الوكالة بإنكاره إن كان قد قبض المال أخذه المحيل، وهل يرجع هو على المحيل بدينه فيه وجهان: أحدهما لا يرجع لأنه أقر ببراءة ذمته من دينه، والثاني له أن يرجع لأنه يقول إن كنت محتالاً فقد استرجع مني ما أخذته بحكم الحوالة، وإن كنت وكيلاً فحقي باقٍ في ذمته فيجب أن يعطيني وإن هلك في يده لم يكن للمحيل الرجوع عليه لأنه يقر بأن ماله تلف في يد وكيله من غير عدوان وليس للمحتال أن يطالب المحيل بحقه لأنه يقر بأنه استوفى حقه وتلف عنده، وإن قال المحيل أحلتك، وقال المحتال بل وكلتني فقد قال أبو العباس القول قول المحيل، لأن اللفظ يشهد له وقال المزني: القول قول المحتال لأنه يدعي بقاء دينه في ذمة المحيل والأصل بقاؤه في ذمته. فإن قلنا بقول أبي العباس فحلف المحيل بريء من دين المحتال وللمحتال مطالبة المحال عليه بالدين، لأنه إن كان محتالاً فله مطالبته بمال الحوالة، وإن وكان وكيلاً فله المطالبة بحكم الوكالة، فإذا قبض المال صرف إليه لأن المحيل يقول هو له بحكم الحوالة، والمحتال يقول هو لي فيما لي عليه من الدين الذي لم يوصلني إليه، وإن قلنا بقول المزني وحلف المحتال ثبت أنه وكيل، فإن لم يقبض المال كان له مطالبة المحيل بماله في ذمته، وهل يرجع المحيل على المحال عليه بشيء؟ فيه وجهان: أحدهما لا يرجع لأنه مقر بأن المال صار للمحتال، والثاني يرجع لأنه إن كان وكيلاً فدينه ثابت في ذمة المحال عليه، وإن كان محتالاً فقد قبض المحتال المال منه ظلماً وهو مقر بأن ما في ذمة المحال عله للمحتال فكان له قبضه عوضاً عما أخذه منه ظلماً، فإن كان قد قبض المال، فإن كان باقياً صرف إليه لأنه قبضه بحوالة فهو له، وإن قبضه بوكالة فله أن يأخذه عما له في ذمة المحيل، وإن كان تالفاً نظرت؛ فإن تلف بتفريط لزمه ضمانه وثبت للمحيل عليه مثل ما ثبت له في ذمته فتقاصا، وإن تلف من غير تفريط لم يلزمه الضمان لأنه وكيل، ويرجع على المحيل بدينه ويبرأ المحال عليه لأنه إن كان محتالاً فقد وفاه حقه، وإن كان وكيلاً فقد دفع إليه.

بالكسر إذا نقض فهو غبين أي ضعيف الرأي وفيه غبانة قال في الشامل والبيان.

كتاب الضمان

يصح ضمان الدين عن الميت لما روى أبو قتادة قال: أقبل بجنازة على رسول الله ﷺ فقال: «هل على صاحبكم من دين» فقالوا عليه ديناران قال ﷺ: صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة: هما عليّ يا رسول الله فصلى عليه رسول الله ﷺ ويصح عن الحي لأنه دين لازم فصح ضمانه كالدين على الميت.

فصل: ويصح ذلك من كل جائز التصرف في ماله، فأما من يحجر عليه لصغر أو جنون أو سفه فلا يصح ضمانه، لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح من الصبي والمجنون والسفيه كالبيع. ومن حجر عليه للفلس يصح ضمانه لأنه إيجاب مال في الذمة بالعقد فصح من المفلس كالشراء بثمن في الذمة، وأما العبد فإنه إن ضمن بغير إذن المولى ففيه وجهان: قال أبو إسحاق يصح ضمانه ويتبع به إذاً عتق لأنه لا ضرر فيه على المولى لأنه يطالب به بعد العتق فصح منه كالإقرار بإتلاف ماله، وقال أبو سعيد الأصطخري لا يصح لأنه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح منه بغير إذن المولى كالنكاح، فإن ضمن بإذن مولاه صح ضمانه لأن الحجر لحقه فزال بإذنه. ومن أين يقضي ينظر فيه، فإن قال له المولى اقضهِ من كسبك قضاه منه، وإن قال اقضه مما في يدك للتجارة قضاه منه، لأن المال له وقد أذن له فيه، وإن لم يذكر القضاء ففيه وجهان: أحدهما يتبع به إذا أعتق لأنه أذن في الضمان دون الأداء، والثاني يقضي من كسبه إن كان له كسب أو مما في يده إن كان مأذوناً له في التجارة لأن الضمان يقتضي الغرم كما يقتضي النكاح المهر، ثم إذا أذن له في النكاح وجب قضاء المهر مما في يده فكذلك إذا أذن له في الضمان وجب قضاء الغرم مما في يده، فإن كان على المأذون له دين وقلنا إن دين الضمان يقضيه مما في يده فهل يشارك فيه الغرماء؟ فيه وجهان: أحدهما يشارك به لأن المال للمولى وقد أذن له في القضاء منه إما بصريح الإذن أو من جهة الحكم فوجب المشاركة به، والثاني أنه لا يشارك به لأن المال تعلق به الغرماء فلا يشارك بمال الضمان كالرهن، وأما المكاتب فإنه ضمن بغير إذن المولى فهو كالعبد القن، وإن ضمن بإذنه فهو تبرع، وفي تبرعات المكاتب بإذن المولى قولان نذكرهما في المكاتب إن شاء الله تعالى.

فصل: ويصح الضمان من غير رضا المضمون عنه لأنه لما جاز قضاء دينه من غير رضاه جاز ضمان ما عليه من غير رضاه، واختلف أصحابنا في رضا المضمون له فقال أبو

من كتاب الضمان

الضمان مشتق من ضم ذمة إلى ذمة، وقال في البسيط هو مشتق من التضمين، ومعناه تضمين الدين في ذمة من لا دين عليه وقد غلط من قال: هو مأخوذ من الضم فإن النون

علي الطبري يعتبر رضاه لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم فشرط فيه رضاه كالثمن في البيع، وقال أبو العباس لا يعتبر لأن أبا قتادة ضمن الدين عن الميت بحضرة النبي ولم يعتبر النبي ﷺ رضا المضمون له.

فصل: وهل يفتقر إلى معرفة المضمون له والمضمون عنه؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها أنه يفتقر إلى معرفة المضمون عنه ليعلم أنه هل هو ممن **يسدي إليه الجميل** ويفتقر إلى معرفة المضمون له ليعلم هل يصلح لمعاملته أم لا يصلح كما يفتقر إلى معرفة ما تضمنه من المال، هل يقدر عليه أم لا يقدر عليه، والثاني أنه يفتقر إلى معرفة المضمون له لأن معاملته معه، ولا يفتقر إلى معرفة المضمون عنه لأنه لا معاملة بينه وبينه، والثالث أنه لا يفتقر إلى معرفة واحد منهما، لأن أبا قتادة ضمن عن الميت ولم يسأله النبي ﷺ عن المضمون له والمضمون عنه.

فصل: وإن باعه بشرط أن يضمن الثمن ضامن لم يجز حتى يعين الضامن لأن الغرض يختلف باختلاف من يضمن كما يختلف باختلاف ما يرهن من الرهون، وإن شرط أن **يضمنه ثقة** لم يجز حتى يعين لأن الثقات يتفاوتون، فإن لم يفِ به بما شرط من الضمين ثبت للبائع الخيار، لأنه دخل في العقد بشرط الوثيقة ولم يسلم له الشرط فثبت له الخيار كما لو شرط له رهناً ولم يف له بالرهن، وإن شرط أن يشهد له شاهدين جاز من غير تعيين، لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الشهود، فإن عين له شاهدين فهل يجوز إبدالهما بغيرهما؟ فيه وجهان أحدهما لا يجوز كما لا يجوز في الضمان، والثاني يجوز لأن الغرض لا يختلف.

فصل: ويصح ضمان كل دين لازم كالثمن والأجرة وعوض القرض ودين السلم وأرش الجناية وغرامة المتلف، لأنه وثيقة يستوفي منها الحق فصح في كل دين لازم كالرهن، وأما ما لا يلزم بحال وهو دين الكتابة، فلا يصح ضمانه لأنه لا يلزم المكاتب أداؤه فلم يلزم ضمانه، ولأن الضمان يراد لتوثيق الدين، ودين الكتابة لا يمكن توثيقه، لأنه يملك إسقاطه إذا شاء فلا معنى لضمانه، وفي مال الجعالة والثمن في مدة الخيار ثلاثة أوجه: أحدها لا يصح ضمانه لأنه دين غير لازم فلم يصح ضمانه كدين الكتابة، والثاني يصح لأنه يئول إلى اللزوم فصح ضمانه، والثالث يصح ضمان الثمن في مدة

أصلية فيه وهذا لام فعل منه ميم وأصله ضمم والضمان لام فعل منه نون قوله: **(يسدي إليه الجميل)** أي يصاب بفعله الجميل، يقال الجميل، يقال طلبت أمر فأسديته أي أصبته وإن لم تصبه قلت أعمسته قوله: **(يضمنه ثقة)** قد ذكرنا أن الثقة هو الأمين يقال وثق به إذا ائتمنه وهو محذوف الفاء مثل شية وعدة.

الخيار، ولا يصح ضمان مال الجعالة لأن عقد البيع يئول إلى اللزوم وعقد الجعالة لا يلزم بحال، فأما المال المشروط في السبق والرمي ففيه قولان: أحدهما أنه كالإجارة فيصح ضمانه، والثاني أنه كالجعالة فيكون في ضمانه وجهان.

فصل: ولا يجوز ضمان المجهول لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي فلم يجز مع الجهالة، كالثمن في البيع، وفي إبل الدية وجهان: أحدهما لا يجوز ضمانه لأنه مجهول اللون والصفة، والثاني أنه يجوز لأنه معلوم السن والعدد ويرجع في اللون والصفة إلى عرف البلد.

فصل: ولا يصح ضمان ما لم يجب وهو أن يقول ما تداين فلان فأنا ضامن له لأنه وثيقة بحق فلا يسبق الحق كالشهادة.

فصل: ولا يجوز تعليقه على شرط لأنه إيجاب مال لآدمي بعقد فلم يجز تعليقه على شرط كالبيع، وإن قال ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه صح فإذا ألقاه وجب ما ضمنه لأنه استدعاء إتلاف بعوض لغرض صحيح فأشبه إذا قال طلق امرأتك أو أعتق عبدك على ألف، وإن قال بع عبدك من زيد بخمسمائة ولك علي خمسمائة أخرى فباعه ففيه وجهان أحدهما يصح البيع ويستحق ما بذله لأنه مال بذله في مقابلة إزالة الملك فأشبه إذا قال طلق امرأتك أو أعتق عبدك على ألف، والثاني لا يصح لأنه بذل مال لغرض غير صحيح فلم يجز ويخالف ما بذله في الطلاق والعتق فإن ذلك بذل مال لغرض صحيح، وهو تخليص المرأة من الزوج وتخليص العبد من الرق.

فصل: ويجوز أن يضمن الدين الحال إلى أجل لأنه رفق ومعروف، فكان على حسب ما يدخل فيه، وهل يجوز أن يضمن المؤجل حالاً؟ فيه وجهان: أحدهما يجوز كما يجوز أن يضمن الحال مؤجلاً، والثاني: لا يجوز لأن الضمان فرع لما على المضمون عنه فلا يجوز أن يكون الفرع معجلاً والأصل مؤجلاً.

فصل: ولا يثبت في الضمان خيار لأن **لدفع الغبن** وطلب الحظ والضامن يدخل في العقد، على بصيرة أنه مغبون وأنه لا حظ له في العقد. ولهذا يقال الكفالة أولها ندامة وأوسطها ملامة وآخرها غرامة.

فصل: ويبطل بالشروط الفاسدة لأنه عقد يبطل بجهالة المال فبطل بالشرط الفاسد كالبيع، وإن شرط ضماناً فاسداً في عقد بيع فهل يبطل البيع فيه قولان كالقولين في الرهن الفاسد إذا شرطه في البيع وقد بينا وجه القولين في الرهن.

فصل: ويجب بالضمان الدين في ذمة الضامن ولا يسقط عن المضمون عنه،

قوله: (**لدفع الغبن**) قد ذكر آنفاً.

والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه قال: توفي رجل منا، فأتينا النبي ﷺ ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال أعليه دين قلنا ديناران فتحملهما أبو قتادة، ثم قال بعد ذلك بيوم ما فعل الديناران قال: إنما مات أمس ثم أعاد عليه بالغد قال: قد قضيتهما. قال الآن بردت عليه جلده، ولأنه وثيقة بدين في الذمة فلا يسقط الدين عن الذمة كالرهن، ويجوز للمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه لأن الدين ثابت في ذمتهما فكان له مطالبتهما، فإن ضمن عن الضامن ثالث جاز لأنه ضمان دين ثابت فجاز كالضمان الأول، وإن ضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز لأن المضمون عنه أصل والضامن فرع فلا يجوز أن يصير الأصل فرعاً والفرع أصلاً ولأنه يضمن ما في ذمته، ولأنه لا فائدة في ضمانه وهو ثابت في ذمته.

فصل: وإن ضمن عن رجل ديناً بغير إذنه لم يجز له مطالبة المضمون عنه بتخليصه لأنه لم يدخل فيه بإذنه فلم يلزمه تخليصه، وإن ضمن بإذنه نظرت، فإن طالبه صاحب الحق جاز له مطالبه بتخليصه لأنه إذا جاز أن يغرمه إذا غرم جاز أن يطالبه إذا طولب، وإن لم يطالب ففيه وجهان: أحدهما له أن يطالبه لأنه شغل ذمته بالدين بإذنه فجاز له المطالبة بتفريغ ذمته كما لو أعاره عيناً ليرهنها فرهنها، والثاني ليس له وهو الصحيح لأنه لما لم يغرمه قبل أن يغرم لم يطالبه قبل أن يطالب، ويخالف إذا أعاره عيناً ليرهنها فرهنها لأن عليه ضرراً في حبس العين والمنع من التصرف فيها، ولا ضرر عليه في دين في ذمته لا يطالب به فإن دفع المضمون عنه مالاً إلى الضامن وقال خذ هذا بدلاً عما يجب لك بالقضاء ففيه وجهان: أحدهما يملكه لأن الرجوع يتعلق بسببين الضمان والغرم وقد وجد أحدهما فجاز تقديمه على الآخر كإخراج الزكاة قبل الحول وإخراج الكفارة قبل الحنث، فإن قضى عنه الدين استقر ملكه على ما قبض، وإن أبرىء من الدين قبل القضاء وجب رد ما أخذ كما يجب رد ما عجل من الزكاة إذا هلك النصاب قبل الحول. والثاني لا يملك لأنه أخذه بدلاً عما يجب في الثاني فلا يملكه كما لو دفع إليه شيئاً عن بيع لم يعقده فعلى هذا يجب رده فإن هلك ضمنه لأنه قبضه على وجه البدل فضمنه كالمقبوض بسوء البيع.

فصل: وإن قبض المضمون له الحق من المضمون منه بريء الضمان لأنه وثيقة بحق فانحلت بقبض الحق كالرهن، وإن قبضه من الضامن بريء المضمون عنه لأنه استوفى الحق من الوثيقة فبرئ من عليه الدين كما لو قضى الدين من ثمن الرهن، وإن أبرئ المضمون عنه برئ الضامن لأن الضامن وثيقة بالدين، فإذا أبرئ من عليه الدين انحلت الوثيقة كما ينحل الرهن، إذ أبرئ الراهن من الدين، وإن أبرئ الضامن لم يبرأ

. . . .

المضمون عنه لأن إبراءه إسقاط وثيقة من غير قبض فلم يبرأ به من عليه الدين كفسخ الرهن.

فصل: وإن قضى الضامن الدين نظرت، فإن ضمن بإذن المضمون عنه وقضى بإذنه رجع عليه لأنه أذن له في الضمان والقضاء، وإن ضمن بغير إذنه وقضى بغير إذنه لم يرجع لأنه تبرع بالقضاء فلم يرجع، وإن ضمن بغير إذنه وقضى بإذنه ففيه وجهان: من أصحابنا من قال يرجع لأنه قضى بإذنه، والثاني لا يرجع وهو المذهب لأنه لزمه بغير إذنه فلم يؤثر إذنه في قضائه، وإن ضمن بإذنه وقضى بغير إذنه فالمنصوص، أنه يرجع عليه وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأنه اشتغلت ذمته بالدين بإذنه فإذا استوفى منه رجع كما لو أعاره مالاً فرهنه في دينه وبيع في الدين. وقال أبو إسحاق: إن أمكنه أن يستأذنه لم يرجع لأنه قضاه باختياره، وإن لم يمكنه رجع لأنه قضاه بغير اختياره، وإن أحاله الضامن على رجل له عليه دين برئت ذمة المضمون عنه لأن الحوالة بيع فصار كما لو أعطاه عن الدين عوضاً، وإن أحاله على من لا دين له عليه وقبل المحال عليه، وقلنا يصح برىء الضامن لأن بالحوالة تحول ما ضمن ولا يرجع على المضمون عنه لأنه لم يغرم، فإن قبضه منه ثم وهبه له فهل يرجع على الضامن؟ فيه وجهان بناء على القولين في المرأة إذا وهب الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول.

فصل: وإن دفع الضامن إلى المضمون له ثوباً عن الدين في موضع يثبت له الرجوع رجع بأقل الأمرين من قيمة الثوب أو قدر الدين، فإن كان قيمة الثوب عشرة والدين عشرين لم يرجع بما زاد على العشرة لأنه لم يغرم، وإن كان قيمة الثوب عشرين والدين عشرة لم يرجع بما زاد على العشرة لأنه تبرع بما زاد فلا يرجع به، وإن كان الدين الذي ضمنه مؤجلاً فعجل قضاءه لم يرجع به قبل المحل لأنه تبرع بالتعجيل.

فصل: **ويصح ضمان الدرك** على المنصوص، وخرج أبو العباس قولاً آخر أنه لا يصح لأنه ضمان ما يستحق من المبيع وذلك مجهول والصحيح أنه يصح قولاً واحداً لأن الحاجة داعية إليه، لأنه يسلم الثمن ولا يأمن أن يستحق عليه المبيع، ولا يمكنه أن يأخذ على الثمن رهناً لأن البائع لا يعطيه مع المبيع رهناً، ولا يمكنه أن يستوثق بالشهادة لأنه قد يفلس البائع فلا تنفعه الشهادة فلم يبق ما يستوثق به غير الضمان، ولا يمكن أن يجعل القدر الذي يستحق معلوماً فعفى عن الجهالة فيه كما عفى عن الجهل بأساس الحيطان، ويخالف ضمان المجهول، لأنه يمكنه أن يعلم قدر الدين ثم يضمنه وفي وقت ضمانه وجهان: أحدهما لا يصح حتى يقبض البائع الثمن لأنه قبل أن يقبض ما وجب له شيء

قوله: **(ويصح ضمان الدرك)** الدرك التبعة يسكن ويحرك يقال ما لحقك من درك فعلى

وضمان ما لم يجب لا يصح، والثاني يصح قبل قبض الثمن لأن الحاجة داعية إلى هذا الضمان في عقد البيع فجاز قبل قبض الثمن، وإن اشترى جارية وضمن دركها فخرج بعضها مستحقاً، فإن قلنا إن البيع يصح في الباقي رجع بثمن ما استحق، وإن قلنا يبطل البيع في الجميع رجع على الضامن بثمن ما استحق. وهل يرجع عليه بثمن الباقي فيه وجهان: أحدهما يرجع عليه لأنه بطل البيع فيه لأجل الاستحقاق فضمن كالمستحق، والثاني لا يرجع لأنه لم يضمن إلا ما يستحق فلم يضمن ما سواه، وإن ضمن الدرك فوجد بالمبيع عيباً فرده، فهل يرجع على الضامن بالثمن فيه وجهان: أحدهما لا يرجع وهو قول المزني وأبي العباس لأنه زال ملكه عنه بأمر حادث فلم يرجع عليه بالثمن كما لو كان شقصاً فأخذه الشفيع، والثاني يرجع لأنه رجع إليه الثمن بمعنى قارن العقد، فثبت له الرجوع على الضامن كما لو خرج مستحقاً، وإن وجد به العيب وقد حدث عنده عيب فهل يرجع بأرش العيب على ما ذكرناه من الوجهين.

فصل: وتجوز كفالة البدن على المنصوص في الكتب، وقال في الدعاوى والبينات إن كفالة البدن ضعيفة فمن أصحابنا من قال تصح قولاً واحداً، وقوله ضعيف أراد من جهة القياس، ومن أصحابنا من قال فيه قولان: أحدهما أنها لا تصح لأنه ضمان عين في الذمة بعقد فلم يصح كالسلم في ثمرة نخلة بعينها، والثاني يصح وهو الأظهر لما روى أبو إسحاق السبيعي عن حارثة بن مضرب قال: صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة فلما سلم قام رجل فحمد الله وأثنى عليه وقال أما بعد فوالله لقد **بت البارحة وما في نفسي على أحد إحنة وإني كنت استطرقت** رجلاً من بني حنيفة وكان أمرني أن آتيه **بغلس** فانتهيت إلى مسجد بني حنيفة ـ مسجد عبد الله بن النواحة ـ فسمعت مؤذنهم يشهد أن لا إله إلا الله وأن

خلاصه، وأصله من اللحوق يقال أدركه إذا لحقه بعد ما مضى لأنه يكون بعد مضى البيع

قوله: (**بت البارحة وما في نفسي على أحد إحنة**) البارحة الليلة الماضية وهي أقرب ليلة مضت تقول لقيته البارحة، ولقيته البارحة الأولى وهو من برح إذا زال وفي المثل ما أشبه الليلة بالبارحة والإحنة العداوة والحقد يقال في صدره علي إحنة أي حقد ولا يقال حنة والجمع إحن وقد أحنت عليه قال الشاعر:

إذا كان في صدر ابن عمك إحنة ... فلا تستثرها سوف يبدو دفينها

قوله: (**استطرقت**) طلبت منه أن ينزي فرسه الذكر على فرسي الأنثى. وأصل الطرق بفتح الطاء ماء الفحل يقال طرق الفحل الناقة طروقاً أي قعى عليها، وطروقة الفحل أنثاه وقد ذكر في الزكاة قوله: (**بغلس**) الغلس ظلمة آخر الليل قال الأخطل:

كذبتك عينك أو رأيت بواسط ... غلس الظلام من الرباب خيالاً

مسيلمة رسول الله، فكذبت سمعي وكففت فرسي حتى سمعت أهل المسجد قد **تواطأوا على ذلك**. فقال عبد الله بن مسعود عليّ بعبد الله بن النواحة، فحضر واعترف فقال له عبد الله أين ما كنت تقرأ من القرآن؟ قال: كنت أتقيكم به فقال له تب فأبى فأمر به فأخرج إلى السوق فجز رأسه ثم شاور أصحاب محمد ﷺ في بقية القوم، فقال عدي بن حاتم **ثؤلول كفر قد أطلع رأسه فاحسمه**، وقال جرير بن عبد الله والأشعث بن قيس استتبهم فإن تابوا كفلهم **عشائرهم** فاستتابهم فتابوا وكفلهم عشائرهم، ولأن البدن يستحق تسليمه بالعقد فجاز الكفالة به كالدين، فإن قلنا تصح جازت الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم يدين لأنه حق لازم لآدمي فصحت الكفالة به كالدين، وإن كان عليه حد، فإن كان لله تعالى لم تصح الكفالة به لأن الكفالة للاستيثاق وحق الله تعالى مبني على الدرء والإسقاط فلم يجز الاستيثاق بمن عليه، وإن كان قصاصاً أو حد قذف ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه لا تصح الكفالة بما عليه، فلم تصح الكفالة به كمن عليه حد لله تعالى، والثاني تصح لأنه حق لآمي فجازت الكفالة ببدن من عليه كالدين ومن عليه دين لازم كالمكاتب لا تجوز الكفالة ببدنه لأن الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة.

فصل: وإن كان عليه دين مجهول ففيه وجهان: قال أبو العباس لا تصح الكفالة ببدنه لأنه قد يموت المكفول به فيلزمه الدين، فإذا كان مجهولاً لم تمكن المطالبة، والثاني أنه تصح وهو المذهب لأن الكفالة بالبدن لا تعلق لها بالدين.

فصل: وتصح الكفالة ببدن الكفيل كما يصح ضمان الدين عن الضمين.

فصل: وتجوز الكفالة حالاً ومؤجلاً كما يجوز ضمان الدين حالاً ومؤجلاً، وهل يجوز إلى أجل مجهول فيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه تبرع من غير عوض فجاز في المجهول كإباحة الطعام، والثاني لا يجوز لأنه إثبات حق في الذمة لآدمي فلا يجوز إلى أجل مجهول كالبيع، ويخالف الإباحة فإنه لو أباحه أحد الطعامين جاز ولو تكفل ببدن أحد الرجلين لم يجز.

فصل: وتجوز الكفالة به ليسلم في مكان معين وتجوز مطلقاً، فإن أطلق وجب

قوله: (**تواطأوا على ذلك**) أي توافقوا. والمواطأة الموافقة وقد ذكر أيضاً قوله: (**ثؤلول كفر قد أطلع رأسه فاحسمه**) الثؤلول واحد الثآليل وهي بثور تخرج في بدن الإنسان يابسة صلبة كأنها رؤوس المسامير. فاحسمه اقطعه، والحسم القطع باستئصال والحسام السيف القاطع. وفي الحديث أنه قال «عليكم بالصوم فإنه محسمة للعروق ومذهبة للأشر» قوله: (**عشائرهم**) العشيرة القبيلة والجمع العشائر والعشير أيضاً الصاحب المعاشر المخالط.

التسليم في موضع العقد كما تجوز حالاً ومؤجلاً، وإذا أطلق وجب التسليم في حال العقد.

فصل: ولا تصح الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول به، لأنه إذا تكفل به من غير إذنه لم يقدر على تسليمه، ومن أصحابنا من قال: تصح كما تصح الكفالة بالدين من غير إذن من عليه الدين.

فصل: وإن تكفل بعضو منه ففيه ثلاثة أوجه: أحدها أنه يصح لأن في تسليمه تسليم جميعه، والثاني لا تجوز لأن أفراد العضو بالعقد لا يصح، وتسريته إلى الباقي لا تمكن لأنه لا سراية له فبطلت، والثالث إن كان العضو لا يبقى البدن دونه كالرأس والقلب جاز لأنه لا يمكن تسليمه إلا بتسليم البدن، وإن كان عضواً يبقى البدن دونه كاليد والرجل لم يصح لأنه قد يقطع فيبرأ مع بقائه.

فصل: وإن أحضر المكفول به قبل المحل أو في غير الموضع الذي شرط فيه التسليم، فإن كان عليه في قبوله ضرر أو له في رده غرض، لم يلزمه قبوله، وإن لم يكن عليه ضرر ولا له في رده غرض وجب قبوله فإن لم يتسلمه أحضره عند الحاكم ليتسلم عنه ويبرأ كما قلنا في دين السلم، وإن أحضره وهناك يد حائلة لم يبرأ لأن التسليم المستحق هو التسليم من غير حائل، ولهذا لو سلم المبيع مع الحائل لم يصح تسليمه، وإن سلمه وهو في حبس الحاكم صح التسليم لأن حبس الحاكم ليس بحائل، ويمكن إحضاره ومطالبته بما عليه من الحق، وإن حضر المكفول به بنفسه وسلم نفسه برىء الكفيل كما يبرأ الضامن إذا أدى المضمون عنه الدين، وإن غاب المكفول به إلى موضع لا يعرف خبره لم يطالب، وإن غاب إلى موضع يعلم خبره لم يطالب به حتى يمضي زمان يمكن فيه الذهاب والمجئ لأن ما لزم تسليمه لم يلزم إلا بإمكان التسليم، فإن مضى زمان الإمكان ولم يفعل حبس الكفيل إلى أن يحضره، فإن أبرأه المكفول له من الكفالة برىء كما يبرأ الضامن إذا أبرأه المضمون له، فإن جاء رجل وقال أبرىء الكفيل وأنا كفيل بمن تكفل به ففيه وجهان: قال أبو العباس يصح لأنه نقل الضمان إلى نفسه فصار كما لو ضمن رجل مالاً فأحال الضامن المضمون له على آخر، وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب الطبري رحمهما الله لا يصح لأنه تكفل بشرط أن يبرأ الكفيل وذلك شرط فاسد فمنع صحة العقد، وإن تكفل ببدن رجل لنفسين فسلمه إلى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر لأنه ضمن تسليمين فلم يبرأ بأحدهما كما لو ضمن لهما دينين فأدى دين أحدهما، وإن تكفل اثنان لرجل ببدن رجل فأحضره أحدهما فقد قال شيخنا القاضي أبو الطيب رحمه الله أنه لا يبرأ الآخر، لأنه لو أبرئ أحدهما لم يبرأ الآخر، فإذا سلمه أحدهما لم يبرأ الآخر

. . . .

وعندي أنه يبرأ لأن المستحق إحضاره وقد حصل فبرئا كما لو ضمن رجلان ديناً فأداه أحدهما ويخالف الإبراء فإن الإبراء مخالف للآداء، والدليل عليه أن في ضمان المال، لو أبرئ أحد الضامنين لم يبرأ الآخر، ولو أدى أحد الضامنين برئ.

فصل: وإن تكفل ببدن رجل فمات المكفول به بريء الكفيل، وقال أبو العباس يلزمه ما على المكفول به من الدين لأنه وثيقة، فإذا مات من عليه الدين وجب أن يستوفي الدين منها كالرهن والمذهب الأول لأنه لم يضمن الدين فلا يلزمه.

فصل: وإن تكفل بعين نظرت؛ فإن كان أمانة كالوديعة لم يصح لأنه إذا لم يجب ضمانها على من هي عنده فلأن لا يجب على من يضمن عنه أولى، وإن كان عيناً مضمونة كالمغصوب والعارية والمبيع قبل القبض ففيه وجهان بناء على القولين في كفالة البدن، فإن قلنا إنها تصح فهلكت العين فقد قال أبو العباس فيه وجهان: أحدهما يجب عليه ضمانها، والثاني لا يجب وقال الشيخ أبو حامد لا يجوز بناء ذلك على كفالة البدن لو تلف لم يضمن بدله، ولو هلكت العين ضمنها.

فصل: وإن ضمن عنه ديناً ثم اختلفا فقال الضامن ضمنت وأنا صبي، وقال المضمون له ضمنت وأنت بالغ فالقول قول الضامن، لأن الأصل عدم البلوغ، وإن قال ضمنت وأنا مجنون وقال بل ضمنت وأنت عاقل، فإن لم يعرف له حالة جنون فالقول قول المضمون له لأن الأصل العقل وصحة الضمان، وإن عرف له حاله جنون فالقول قول الضامن لأنه يحتمل أن يكون الضمان في حالة الإفاقة، ويحتمل أن يكون في حالة الجنون والأصل عدم الضمان وبراءة الذمة، وإن ضمن عن رجل شيئاً وأدى المال ثم ادعى أنه ضمن بإذنه وأدى بإذنه ليرجع وأنكر المضمون عنه الإذن لم يرجع عليه لأن الأصل عدم الإذن، وإن تكفل ببدن رجل ثم ادعى أنه تكفل به ولا حق عليه فالقول قول المكفول له لأن الكفيل قد أقر بالكفالة والكفالة، لا تكون إلا بمن عليه حق فكان القول قول المكفول له، فإن طلب الكفيل يمين المكفول له على ذلك ففيه وجهان: أحدهما يحلف لأن ما يدعيه الكفيل ممكن فحلف عليه الخصم، والثاني لا يحلف لأن إقراره بالكفالة يقتضي وجوب الحق وما يدعيه يكذب إقراره فلم يحلف الخصم، وإن ادعى الضامن أنه قضى الحق عن المضمون عنه وأقر المضمون له وأنكر المضمون عنه ففيه وجهان: أحدهما أن القول قول المضمون عنه لأن الضامن يدعي القضاء ليرجع فلم يقبل قوله، والمضمون له يشهد على فعل نفسه أنه قبض فلم تقبل شهادته فسقط قولهما وحلف المضمون عنه، والثاني أن القول قول الضامن لأن قبض المضمون له يثبت بالإقرار مرة وبالبينة أخرى ولو ثبت قبضه بالبينة رجع الضامن فكذلك إذا ثبت بالإقرار.

. . . .

كتاب الشركة

يصح عقد الشركة على التجارة لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «قال الله تعالى **أنا ثالث الشريكين** ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانا خرجت من بينهما»[1]، ولا تصح الشركة إلا من جائز التصرف في المال لأنه عقد على التصرف في المال فلم تصح إلا من جائز التصرف في المال.

فصل: ويكره أن يشارك المسلم الكافر لما روى أبو جمرة عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسياً قلت لم؟ قال لأنهم يربون والربا لا يحل.

فصل: وتصح الشركة على الدراهم والدنانير لأنهما أصل لكل ما يباع ويبتاع وبهما تعرف قيمة الأموال وما يزيد فيها من الأرباح، فأما ما سواهما من العروض فضربان: ضرب لا مثل له وضرب له مثل، فأما ما لا ضرب له كالحيوان والثياب فلا يجوز عقد الشركة عليها لأنه قد تزيد قيمة أحدهما دون الآخر، فإن جعلنا ربح ما زاد قيمته لمالكه أفردنا أحدهما بالربح والشركة معقود على الاشتراك في الربح، وإن جعلنا الربح بينهما أعطينا من لم تزد قيمة ماله ربح مال الآخر وهذا لا يجوز. وأما ماله مثل كالحبوب والأدهان ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز عقد الشركة عليه وعليه نص في البويطي لأنه من غير الأثمان فلم يجز عقد الشركة عليه كالثياب والحيوان، والثاني يجوز وهو قول أبي إسحاق لأنه من ذوات الأمثال فأشبه الأثمان وإن لم يكن لهما غير العروض وأراد الشركة باع كل واحد منهما بعض عرضه ببعض عرض الآخر فيصير الجميع مشتركاً بينهما ويشتركان في ربحه.

فصل: ولا يصح من الشركة **إلا شركة العنان** ولا يصح ذلك إلا أن يكون مال

ومن باب الشركة

يقال شركه بالبيع يشركه شركة والاسم الشرك يقال شركة يقال شركة بكسر الشين وإسكان الراء وشركة بفتح الشين وكسر الراء قوله: **(أنا ثالث الشريكين)** معناه أنا معهما بالحفظ والرعاية فأمدهما بالمعونة في أموالهما وأنزل البركة في تجارتهما فإذا وقعت بينهم الخيانة رفعت عنهما البركة والإعانة وهو معنى خرجت من بينهما. أبو جمرة بالجيم والراء نصر بن عمران الضبعي صاحب ابن عباس قوله: **(شركة العنان)** مشهورة عند العرب. قال الجعفري:

---

(١) رواه أبو داود في كتاب البيوع باب ٢٦.

أحدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته، فإن كان مال أحدهما دنانير والآخر دراهم أو مال أحدهما صحاحاً والآخر قراضة أو مال أحدهما من سكة ومال الآخر من سكة أخرى لم تصح الشركة لأنهما مالان لا يخطلتان فلم تصح الشركة عليهما كالعروض، فإن كان مال أحدهما عشرة دنانير ومال الآخر مائة درهم وابتاعا بها شيئاً وربحا قسم الربح بينهما على قدر المالين، فإن كان نقد البلد أحدهما قوم به الآخر، فإن استوت قيمتاهما استويا في الربح، وإن اختلفت قيمتاهما تفاضلا في الربح على قدر مالهما.

فصل: ولا تصح حتى يختلط المالان لأنه قبل الإختلاط لا شركة بينهما في مال، ولأنا لو صححنا الشركة قبل الإختلاط وقلنا إن من ربح شيئاً من ماله انفرد بالربح أفردنا أحدهما بالربح وذلك لا يجوز، وإن قلنا يشاركه الآخر أخذ أحدهما ربح مال الآخر وهذا لا يجوز. وهل تصح الشركة مع تفاضل المالين في القدر؟ فيه وجهان: أحدهما لا تصح وهو قول أبي القاسم الأنماطي لأن الشركة تشتمل على مال وعمل ثم لا يجوز أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح، فذلك لا يجوز أن يتساويا في العمل ويتفاضلا في الربح وإذا اختلف مالهما في القدر فقد تساويا في العمل وتفاضلا في الربح فوجب أن لا يجوز، والثاني تصح وهو قول عامة أصحابنا وهو الصحيح لأن المقصود بالشركة أن يشتركا في ربح مالهما وذلك يحصل مع تفاضل المالين كما يحصل مع تساويهما، وما قاله الإنماطي من قياس العمل على المال لا يصح لأن الاعتبار في الربح بالمال لا بالعمل، والدليل عليه أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما بالمال ويشتركا في الربح، فلم يجز أن يستويا في المال ويختلفا في الربح وليس كذلك العمل فإنه يجوز أن ينفرد أحدهما بالعمل ويشتركا في الربح فجاز أن يستويا في العمل ويختلفا في الربح.

فصل: ولا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف في نصيب شريكه إلا بإذنه فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف تصرف وإن أذن أحدهما ولم يأذن الآخر تصرف المأذون في الجميع ولا يتصرف الآخر إلا في نصيبه، ولا يجوز لأحدهما أن يتجر في

وشاركنا قريشاً في تقاها وفي أحسابها شرك العنان

وفيها أقوال كثيرة فقيل سميت بذلك لظهورها يقال عن الشيء إذا طهر، وقيل لاشتراكهما فيما يعن من الربح يقال عن الشيء إذا عرض. وقيل من العاننة وهي المعارضة لأن كل واحد من الشريكين عارض شريكه بمثل ماله. وقيل مأخوذة من عنان دابتي الرهان لأن الفارسين إذا تسابقا تساوى عناناً فرسيهما كذلك الشركة يتساوى فيها الشريكان. وقيل مأخوذة من عنان فرسي الرهان بمعنى آخر لأن الشريك يحبس نفسه عن التصرف بالمال في سائر الجهات إلا عن الجهة التي يتفق عليها الشريكان كما يحبس الفارس دابته عن السير في

نصيب شريكه إلا في الصنف الذي يأذن فيه الشريك ولا أن يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل ولا بغير نقد البلد إلا أن يأذن له شريكه، لأن كل واحد منهما وكيل للآخر في نصفه فلا يملك إلا ما يملك كالوكيل.

فصل: ويقسم الربح والخسران على قدر المالين لأن الربح نماء ما لهما والخسران نقصان ما لهما فكانا على قدر المالين، فإن شرطا التفاضل في الربح والخسران مع تساوي المالين أو التساوي في الربح والخسران مع تفاضل المالين لم يصح العقد لأنه شرط ينافي مقتضى الشركة فلم يصح كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما فإن تصرفا مع هذا الشرط صح التصرف، لأن الشرط لا يسقط الإذن فنفذ التصرف، فإن ربحا أو خسرا جعل بينهما على قدر المالين، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه لأنه إنما عمل ليسلم له ما شرط، وإذا لم يسلم رجع بأجرة عمله.

فصل: وأما شركة الأبدان وهي الشركة على ما يكتسبان بأبدانهما فهي باطلة لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» وهذا الشرط ليس في كتاب الله تعالى فوجب أن يكون باطلاً ولأن عمل كل واحد منهما ملك له يختص به فلم يجز أن يشاركه الآخر في بدله، فإن عملا وكسبا أخذ كل واحد منهما أجرة عمله لأنها بدل عمله فاختص بها

فصل: وأما **شركة المفاوضة** وهو أن يعقد الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان فهي شركة باطلة لحديث عائشة رضي الله عنها ولأنها شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يختص بسببه فلم تصح كما لو عقد الشركة على ما يملكان بالإرث والهبة، ولأنها شركة معقودة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بعدوانه فلم تصح كما لو عقدا الشركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بالجناية، فإن عقدا الشركة على ذلك واكتسبا وضمنا أخذ كل واحد منهما ربح ماله وأجرة عمله وضمن كل واحد منهما ما لزمه بغصبه وبيعه وضمانه لأن الشرط قد سقط

سائر الجهات إلا في الجهة التي يريدها. وقيل لأنه يمسك العنان بإحدى يديه ومحبسه والأخرى مرسلة يتصرف بها كيف شاء كذلك هذه الشركة يعض ماله مقصور عن التصرف فيه لأجل الشركة وبعض ماله يتصرف فيه كيف شاء.

قوله: (**شركة المفاوضة**) مأخوذة من قولهم قوم فوضى أي متساوون لا رئيس لهم ونعام فوضى أي مختلط بعضهم ببعض، وكذلك جاء القوم فوضى ويقال أموالهم فوضى بينهم أي هم شركاء فيها، وفيوضاً مثله يمد ويقصر وتفاوض الشريكان في المال إذا اشتركا

وبقي الربح والضمان على ما كانا قبل الشرط، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه، لأنه عمل في ماله ليسلم له ما شرط له ولم يسلم فوجب أجرة عمله.

فصل: وأما **شركة الوجوه** وهو أن يعقدا الشركة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه في ربح ما يشتريه بوجهه فهي شركة باطلة، لأن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له ينفرد به فلا يجوز أن يشاركه غيره في ربحه، وإن وكل كل واحد منهما صاحبه في شراء شيء بينهما واشترى كل واحد منهما ما أذن فيه شريكه ونوى أن يشتريه بينه وبين شريكه دخل في ملكهما وصارا شريكين فيه فإذا بيع قسم الثمن بينهما لأنه بدل مالهما.

فصل: وإن أخذ رجل من رجل جملاً ومن آخر راوية على أن يستقي الماء ويكون الكسب بينهم فقد قال في موضع يجوز، وقال في موضع لا يجوز، فمن أصحابنا من قال إن كان الماء مملوكاً للسقاء فالكسب له ويرجع عليه صاحب الجمل والراوية بأجرة المثل للجمل والراوية لأنه استوفى منفعتهما بإجارة فاسدة فوجب عليه أجرة المثل، وإن كان الماء مباحاً فالكسب بينهم أثلاثاً لأنه استقى الماء على أن يكون الكسب بينهم، فكان الكسب بينهم كما لو وكلاه في شراء ثوب بينهم فاشتراه على أن يكون بينهم وحمل القولين على هذين الحالين، ومنهم من قال إن كان الماء مملوكاً للسقاء كان الكسب له ويرجعان عليه بالأجرة لما ذكرناه، وإن كان الماء مباحاً ففيه قولان: أحدهما أنه بينهم أثلاثاً لأنه أخذه على أن يكون بينهم فدخل في ملكهم كما لو اشترى شيئاً بينهم بإذنهم، والثاني أن الكسب للسقاء لأنه مباح اختص بحيازته فاختص بملكه كالغنيمة ويرجعان عليه بأجرة المثل لأنهما بذلا منفعة الجمل والراوية ليسلم لهما الكسب ولم يسلم فثبت لهما أجرة المثل.

فصل: والشريك أمين فيما في يده من مال شريكه، فإن هلك المال في يده من غير تفريط لم يضمن لأنه نائب عنه في الحفظ والتصرف فكان المالك في يده كالهالك في يده، فإن ادعى الهلاك فإن كان بسبب ظاهر لم يقبل حتى يقيم البينة عليه فإذا أقام البينة على السبب فالقول قوله في الهلاك مع يمينه، وإن كان بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه من غير بينة لأنه يتعذر إقامة البينة على الهلاك فكان القول قوله مع يمينه، وإن ادعى عليه الشريك خيانة وأنكر فالقول قوله لأن الأصل عدم الخيانة، وإن كان في يده عين وادعى شريكه أن ذلك من مال الشركة وادعى هو أنه له فالقول قوله مع يمينه لأن الظاهر مما في يده أنه ملكه فإن اشترى شيئاً فيه ربح فادعى الشريك أنه اشتراه للشركة وادعى هو

فيه أجمع وهي شركة المفاوضة ذكر هذا كله الجوهري قوله: **(وشركة الوجوه)** تحتمل معنيين: أحدهما أن يشتري شيئاً بوجهه أي بنفسه ولا ينوي صاحبه ولا يذكره في البيع ثم

أنه اشتراه لنفسه، أو اشترى شيئاً فيه خسارة وادعى الشريك أنه اشتراه لنفسه وادعى هو أنه اشتراه للشركة فالقول قوله لأنه أعرف بعقده ونيته.

فصل: وإن كان بينهما عبد فأذن أحدهما لصاحبه في بيعه فباعه بألف ثم أقر الشريك الذي لم يبع أن البائع قبض الألف من المشتري وادعى المشتري ذلك وأنكر البائع، فإن المشتري يبرأ من حصة الشريك الذي لم يبع لأنه أقر أنه سلم حصته من الثمن إلى شريكه بإذنه وتبقى الخصومة بين البائع وبين المشتري وبين الشريكين، فإن تحاكم البائع والمشتري فإن كان للمشتري بينة بتسليم الثمن قضى له وإن لم يكن له من يشهد غير الشريك الذي لم يبع فإن شهادته مردودة في قبض حصته لأنه يجر بها إلى نفسه نفعاً وهو حق الرجوع عليه بما قبض من حصته. وهل ترد في حصة البائع؟ فيه قولان: فإن قلنا تقبل حلف معه المشتري ويبرأ، وإن قلنا لا تقبل أو لم يكن عدلاً فالقول قول البائع مع يمينه أنه لم يقبض، فإن حلف أخذ منه نصف الثمن وليس للشريك الذي لم يبع أن يأخذ مما أخذ البائع شيئاً لأنه أقر أنه قد أخذ الحق مرة، وإن ما أخذه الآن أخذه ظلماً فلا يجوز أن يأخذ منه، وإن نكل البائع حلف المشتري ويبرأ، وإن تحاكم الشريكان، فإن كان للذي لم يبع بينة بأن البائع قبض الثمن رجع عليه بحصته، وإن لم تكن له بينة حلف البائع أنه لم يقبض ويبرأ، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على الذي لم يبع فيحلف ويأخذ منه حصته. وإن ادعى البائع أن الذي لم يبع قبض الألف من المشتري وادعاه المشتري وأنكر الذي لم يبع نظرت، فإن كان الذي لم يبع مأذوناً له في القبض برئت ذمة المشتري من نصيب البائع لأنه أقر أنه سلمه إلى شريكه بإذنه وتبقى الخصومة بين الذي لم يبع وبين المشتري وبين الشريكين، فيكون البائع ههنا كالذي لم يبع، والذي لم يبع كالبائع في المسألة قبلها وقد بيناه، وإن لم يكن واحد منهما مأذوناً له في القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لأن الذي باعه أقر بالتسليم إلى من لم يأذن له والذي لم يبع أنكر القبض، فإن تحاكم البائع والمشتري أخذ البائع منه حقه من غير يمين لأنه سلمه إلى شريكه بغير إذنه، وإن تحاكم المشتري والذي لم يبع فإن كان للمشتري بينة بريء من حقه، وإن لم يكن له من يشهد غير البائع فإن كان عدلاً قبلت شهادته لأنه لا يجر بهذه الشهادة إلى نفسه نفعاً ولا يدفع بها ضرراً فإذا شهد حلف معه المشتري وبريء وإن لم يكن عدلاً فالقول قول الذي لم يبع مع يمينه فإذا حلف أخذ منه حقه، وإن كان البائع مأذوناً له في القبض والذي لم يبع غير مأذون له وتحاكم البائع والمشتري قبض منه حقه

يشاركه الآخر فيه، والآخر أن يكون بمعنى الجاه والحظ يقال وجه الرجل إذا صار وجيهاً ذا جاه وقدر فكأنه اشترى ليرخص له في البيع لقدر حظه وجاهه ثم يشاركه الآخر.

من غير يمين لأنه سلمه إلى شريكه من غير إذنه. وهل للشريك الذي لم يبع مشاركته فيما أخذ قال المزني: له مشاركته وهو بالخيار بين أن يأخذ من المشتري خمسمائة وبين أن يأخذ من المشتري مائتين وخمسين ومن الشريك مائتين وخمسين وقال أبو العباس: لا يأخذ منه شيئاً لأنه لما أقرأن الذي لم يبع قبض جميع الثمن عزل نفسه من الوكالة في القبض لأنه لم يبق له ما يتوكل في قبضه فلا يأخذ بعد العزل إلا حق نفسه فلا يجوز للذي لم يبع أن يشاركه فيه، فإن تحاكم المشتري والذي لم يبع فالقول قول الذي لم يبع مع يمينه أنه لم يقبض لأن الأصل عدم القبض، فإن كان للمشتري بينة قضى له وبرئ، وإن لم يكن له من يشهد إلا البائع لم تقبل شهادته على قول المزني لأنه يدفع عن نفسه بهذه الشهادة ضرراً وهو رجوع الشريك الذي لم يبع عليه بنصف ما في يده، وعلى قول أبي العباس تقبل شهادته قولاً واحداً لأنه لا يدفع بشهادته ضرراً لأنه لا رجوع له عليه.

فصل: ولكل واحد من الشريكين **أن يعزل نفسه** عن التصرف إذا شاء لأنه وكيل وله أن يعزل شريكه عن التصرف في نصيبه لأنه وكيله فيملك عزله، فإذا انعزل أحدهما لم ينعزل الآخر عن التصرف لأنهما وكيلان فلا يعزل أحدهما بعزل الآخر، فإن قال أحدهما فسخت الشركة انعزلا جميعاً لأن الفسخ يقتضي رفع العقد من الجانبين فانعزلا، وإن ماتا أو أحدهما انفسخت الشركة لأنه عقد جائز فبطل بالموت كالوديعة، وإن جنى أو أحدهما أو أغمي عليهما أو على أحدهما بطل لأنه بالجنون والإغماء يخرج عن أن يكون من أهل التصرف، ولهذا تثبت الولاية عليه في المال فبطل العقد كما لو مات والله أعلم.

قوله: **(أن يعزل نفسه)** أي ينحي نفسه عن التصرف من قولهم عزله عن العمل إذا نحاه وعزل عن أمته إذا نحى ماءه عنها واعتزل وتعزل بمعنى. قال الأحوص:

يا دير عاتكة التي أتعزل

أي أتجنبه وأتنحى عنه.

كتاب الوكالة

تجوز الوكالة في عقد البيع لما روي عن عروة بن الجعد قال: أعطاني رسول الله ﷺ ديناراً اشتري شاة أو أضحية فاشتريت شاتين فبعت إحداهما بدينار وأتيته بشاة ودينار فدعا لي بالبركة، فكان لو اشترى تراباً لربح فيه، ولأن الحاجة تدعو إلى الوكالة في البيع لأنه قد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه، وقد يحسن ولا يتفرغ إليه لكثرة أشغاله فجاز أن يوكل فيه غيره. وتجوز في سائر عقود المعاملات كالرهن والحوالة والضمان والكفالة والشركة والوكالة والوديعة والإعارة والمضاربة والجعالة والمساقاة والإجارة والقرض والهبة والوقف والصدقة لأن الحاجة إلى التوكيل فيها كالحاجة إلى التوكيل في البيع. وفي تملك المباحات كإحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش قولان: أحدهما لا يصح التوكيل فيها لأنه تملك مباح فلم يصح التوكيل فيه كالاغتنام، والثاني يصح لأنه تملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز أن يوكل فيه كالابتياع والاتهاب ويخالف الاغتنام لأنه يستحق بالجهاد، وقد تعين عليه بالحضور فتعين له ما استحق به.

فصل: ويجوز التوكيل في عقد النكاح لما روي أن النبي ﷺ وكل عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة، ويجوز في الطلاق والخلع والعتاق لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه كما تدعوا إلى التوكيل في البيع والنكاح، ولا يجوز التوكيل في الإيلاء والظهار واللعان لأنها أيمان فلا تحتمل التوكيل. وفي الرجعة وجهان: أحدهما لا يجوز التوكيل فيه كما لا يجوز في الإيلاء والظهار، والثاني أنه يجوز وهو الصحيح فإنه إصلاح للنكاح فإذا جاز في النكاح جاز في الرجعة.

فصل: ويجوز التوكيل في إثبات الأموال والخصومة فيها، لما روي أن علياً كرّم الله وجهه وكل عقيلاً رضي الله عنه عند أبي بكر وعمرو رضي الله عنهما وقال ما قضى له فلي وما قضى عليه فعلي ووكل عبد اللّه بن جعفر عند عثمان رضي الله عنه، وقال على **أن للخصومات قحماً**. قال أبو زباد الكلابي: القَحَم المهالك، ولأن الحاجة تدعو إلى التوكيل في الخصومات لأنه قد يكون له حق أو يدعي عليه حق، ولا يحسن الخصومة فيه

كتاب الوكالة

الوكالة مشتقة من وكل الأمر إليه إذا اعتمد عليه إذا ظهر العجز عنه لضعف أو لراحة، ومنه الحديث «اللهم لا تكلنا إلى أنفسنا» وقد تقدم، وفي حديث آخر «وإن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها» قوله: (**إن للخصومات قحماً**) وفسره الشيخ بالمهالك. قال الجوهري قحم في الأمر قحوماً إذا رمى بنفسه فيه من غير روية. والقحمة بالضم المهلكة. وقحم الطريق

أو يكره أن يتولاها بنفسه فجاز أن يوكل فيه ويجوز ذلك من غير رضى الخصم لأنه توكيل في حقه فلا يعتبر فيه رضى من عليه كالتوكيل في قبض الديون، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف لأنه حق آدمي فجاز التوكيل في إثباته كالمال، ولا يجوز التوكيل في إثبات حدود الله تعالى لأن الحق له وقد أمرنا فيه بالدرء والتوصل إلى إسقاطه، وبالتوكيل يتوصل إلى إيجابه فلم يجز. ويجوز التوكيل في استيفاء الأموال لأن النبي ﷺ بعث العمال لقبض الصدقات **وأخذ الجزي**. ويجوز في استيفاء حدود الله تعالى لأن النبي ﷺ بعث أنيساً لإقامة الحد وقال: «يا أنيس اغد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»، ووكل عثمان رضي الله عنه علياً كرَّم الله وجهه ليقيم حد الشرب على الوليد بن عقبة. وأما القصاص وحد القذف فإنه يجوز التوكيل في استيفائهما بحضرة الموكل لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه لأنه قد يكون له حد أو قصاص ولا يحسن أن يستوفيه فجاز أن يوكل فيه غيره، وهل يجوز أن يستوفيه في غيبة الموكل؟ قال في الوكالة لا يستوفي، وقال في الجنايات ولو وكل **فتنحى** به فعفا الموكل فقتله الوكيل بعد العفو وقبل العلم بالعفو ففي الضمان قولان، وهذا يدل على أنه يجوز أن يقتص مع غيبة الموكل فمن أصحابنا من قال يجوز قولاً واحداً وهو قول أبي إسحاق لأنه حق يجوز أن يستوفيه بحضرة الموكل فجاز في غيبته كأخذ المال وحمل قوله لا يستوفي على الاستحباب، ومنهم من قال لا يجوز قولاً واحداً لأن القصاص والحد يحتاط في إسقاطهما، والعفو مندوب إليه فيهما فإذا حضر رجونا أن يرحمه فيعفو عنه، وحمل قوله في الجنايات على أنه أراد إذا انتفع به ولم يغب عن عينه فعفا ولم يسمع الوكيل فقتل، ومنهم من قال فيه قولان: أحدهما يجوز، والثاني لا يجوز ووجههما ما ذكرناه.

فصل: ويجوز التوكيل في فسخ العقود لأنه إذا جاز التوكيل في عقدها ففي فسخها أولى، ويجوز أن يوكل في الإبراء من الديون لأنه إذا جاز التوكيل في إثباتها واستيفائها جاز التوكيل في الإبراء عنها، وفي التوكيل في الإقرار وجهان: أحدهما يجوز وهو ظاهر النص لأنه إثبات مال في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع، والثاني لا يجوز وهو قول أبي العباس لأنه توكيل في اخبار عن حق فلم يجز كالتوكيل في الشهادة بالحق، فإذا قلنا لا يجوز فهل يكون توكيله إقراراً فيه وجهان: أحدهما أنه إقرار لأنه لم يوكل في الإقرار بالحق إلا والحق واجب عليه، والثاني أنه لا يكون إقراراً كما لا يكون التوكيل في الإبراء إبراء.

مصاعبه. وللخصومة قحم أي إنها تقحم بصاحبها على ما لا يريد قوله: **(وأخذ الجزي)** بكسر الجيم جمع جزية، وهو ما يؤخذ من أهل الذمة، وأصله الفداء قال الله تعالى: ﴿يوم لا تجزي نفس عن نفس شيئاً﴾[البقرة: ٤٨] واغديا أنيس امض بالغداة قوله: **(فتنحى به)** أي

فصل: ولا يصح التوكيل إلا ممن يملك التصرف في الذي يوكل فيه بملك أو ولاية فأما من لا يملك التصرف في الذي يوكل فيه كالصبي والمجنون والمحجور عليه في المال والمرأة في النكاح والفاسق في تزويج ابنته فلا يملك التوكيل فيه لأنه لا يملكه فلا يملك أن يملك ذلك غيره، وأما من لا يملك التصرف إلا بالإذن كالوكيل والعبد المأذون فإنه لا يملك التوكيل إلا بالإذن لأنه يملك التصرف بالإذن فكان توكيله بالإذن، واختلف أصحابنا في غير الأب والجد من العصبات هل تملك التوكيل في التزويج من غير إذن المرأة، فمنهم من قال يملك لأنه يملك التزويج بالولاية من جهة الشرع فملك التوكيل من غير إذن كالأب، والجد، ومنهم من قال لا يملك لأنه لا يملك التزويج إلا بإذن فلا يملك التوكيل إلا بإذن كالوكيل والعبد المأذون.

فصل: ومن لا يملك التصرف في حق نفسه لنقص فيه كالمرأة في النكاح والصبي والمجنون في جميع العقود، لم يملك أن يتوكل لغيره لأنه إذا لم يملك ذلك في حق نفسه بحق الملك لم يملكه في حق غيره بالتوكيل، ومن ملك التصرف فيما تدخله النيابة في حق نفسه، جاز أن يتوكل فيه لغيره لأنه يملك في حق نفسه بحق الملك فملك في حق غيره بالإذن. واختلف أصحابنا في العبد هل يجوز أن يتوكل في قبول النكاح فمنهم من قال يجوز لأنه يملك قبول العقد لنفسه بإذن المولى فملك أن يقبل لغيره بالتوكيل، ومنهم من قال لا يجوز لأنه لا يملك النكاح وإنما أجيز له القبول لنفسه للحاجة إليه، ولا حاجة إلى القبول لغيره فلم يجز. واختلفوا في توكيل المرأة في طلاق غيرها فمنهم من قال يجوز كما يجوز توكيلها في طلاقها، ومنهم من قال لا يجوز لأنها لا تملك الطلاق، وإنما أجيز توكيلها في طلاق نفسها للحاجة ولا حاجة إلى توكيلها في طلاق غيرها فلم يجز، ويجوز للفاسق أن يتوكل في قبول النكاح للزوج لأنه يجوز أن يقبل لنفسه مع الفسق فجاز أن يقبل لغيره وهل يجوز أن يتوكل في الإيجاب فيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأنه موجب للنكاح فلم يجز أن يكون فاسقاً كالولي، والثاني يجوز لأنه ليس بولي وإنما هو مأمور من جهة الولي والولي عدل.

فصل: ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع والإجارة، ويجوز القبول **على الفور وعلى التراخي**. وقال القاضي أبو حامد المروروذي: لا يجوز إلا على الفور لأنه عقد في حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع والمذهب الأول، لأنه إذن في التصرف والإذن قائم ما لم يرجع فيه فجاز القبول ويجوز القبول بالفعل لأنه إذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كالإذن في أكل الطعام.

مضى به إلى ناحية أخرى غير ناحية الموكل قوله: (**على الفور وعلى التراخي**) فوره مبادر من

فصل: ولا يجوز التوكيل إلا في تصرف معلوم، فإن قال وكلتك في كل قليل وكثير لم يصح لأنه يدخل فيه ما يطيق وما لا يطيق فيعظم الضرر ويكثر الغرر، وإن قال وكلتك في بيع جميع مالي أو قبض جميع ديوني صح لأنه يعرف ماله ودينه، وإن قال بع ما شئت من مالي أو اقبض ما شئت من ديوني جاز لأنه إذا عرف ماله ودينه عرف أقصى ما يبيع ويقبض فيقل الغرر، وإن قال اشترلي عبداً لم يصح لأن فيه ما يكون بمائة وفيه ما يكون بألف فيكثر الغرر، وإن قال اشترلي عبداً بمائة لم يصح لأن ذكر الثمن لا يدل على النوع فيكثر الغرر، وإن قال اشترلي عبداً تركياً بمائة جاز لأن مع ذكر النوع وقدر الثمن يقل الغرر، فإن قال اشترلي عبداً تركياً ولم يقدر الثمن ففيه وجهان: قال أبو العباس يصح لأنه يحمل الأمر على أعلى هذا النوع ثمناً فيقل الغرر، ومن أصحابنا من قال لا يصح لأن أثمان الترك تختلف وتتفاوت فيكثر الغرر، وإن وكله في الإبراء لم يجز حتى يبين الجنس الذي يبرئ منه والقدر الذي يبرئ منه وإن وكله في الإقرار وقلنا إنه يصح التوكيل فيه لم يجز حتى يبين جنس ما يقربه وقدر ما يقربه، لأنه إذا أطلق عظم الضرر وكثر الغرر فلم يجز، وإن وكله في خصومة كل من يخاصمه ففيه وجهان: أحدهما يصح لأن الخصومة معلومة، والثاني لا يصح لأنها قد تقل الخصومات وقد تكثر فيكثر الغرر.

فصل: ولا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل ومن أصحابنا من قال يجوز لأنه إذن في التصرف فجاز تعليقه على مستقبل كالوصية والمذهب الأول لأنه عقد تؤثر الجهالة في إبطاله فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع والإجارة، ويخالف الوصية فإنها لا يؤثر فيها غرر الجهالة فلا يؤثر فيها غرر الشرط والوكالة تؤثر الجهالة في إبطالها فأثر غرر الشرط، فإن علقها على شرط مستقبل ووجد الشرط وتصرف الوكيل صح التصرف، لأن مع فساد العقد الإذن قائم فيكون تصرفه بإذن فصح، فإن كان قد سمى له جعلاً سقط المسمى ووجب له أجرة المثل لأنه عمل في عقد فاسد لم يرض فيه بغير بدل فوجب أجرة المثل كالعمل في الإجارة الفاسدة، وإن عقد الوكالة في الحال وعلق التصرف على شرط بأن قال: وكلتك أن تطلق امرأتي أو تبيع مالي بعد شهر صح لأنه لم يعلق العقد على شرط، وإنما علق التصرف على شرط فلم يمنع صحة العقد.

فصل: ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل من جهة النطق أو

ساعته وحينه، وهو مأخوذ من فارت القدر تفور فوراً وفوراناً إذا جاشت وغلت. ومنه قولهم ذهبت في حاجة ثم أتيت فلاناً على فوري أي قبل أن أسكن ذكره الجوهري. والتراخي الإبطاء التأخير وترك العجلة، يقال تراخى السماء أي أبطأ المطر ومعناه التساهل وترك الاستعجال والمبادرة.

من جهة العرف لأن تصرفه بالإذن فلا يملك إلا ما يقتضيه الإذن، والإذن يعرف بالنطق وبالعرف فإن تناول الإذن تصرفين وفي أحدهما إضرار بالموكل لم يجز ما فيه إضرار لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار» فإن تناول تصرفين وفي أحدهما نظر للموكل لزمه ما فيه النظر للموكل لما روى ثوبان مولى رسول الله ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «**رأس الدين النصيحة**» قلنا يا رسول الله لمن؟ قال: «لله ولرسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وللمسلمين عامة»[1]. وليس من النصح أن يترك ما فيه الحظ والنظر للموكل.

فصل: وإن وكل في تصرف وأذن له أن يوكل إذا شاء نظرت، فإن عين له من يوكله وكله أميناً كان أو غير أمين لأنه قطع اجتهاده بالتعيين، وإن لم يعين من يوكل لم يوكل إلا أميناً لأنه لا نظر للموكل في توكيل غير الأمين، فإن وكل أميناً فصار خائناً فهل يملك عزله؟ فيه وجهان: أحدهما يملك عزله لأن الوكالة تقتضي استعمال أمين فإذا خرج عن أن يكون أميناً لم يجز استعماله فوجب عزله، والثاني لا يملك عزله لأنه أذن له في التوكيل دون العزل، وإن وكله ولم يأذن له في التوكيل نظرت، فإن كان موكله فيه مما يتولاه الوكيل ويقدر عليه لم يجز أن يوكل فيه غيره لأن الإذن لا يتناول تصرف غيره من جهة النطق ولا من جهة العرف لأنه ليس في العرف إذا رضيه أن يرضي غيره، وإن وكله في تصرف وقال اصنع فيه ما شئت ففيه وجهان: أحدهما أنه يجوز أن يوكل فيه غيره لعموم قوله اصنع فيه ما شئت، والثاني لا يجوز لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه، وقوله اصنع فيه ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل في تصرفه بنفسه، وإن كان ما وكله فيه مما لا يتولاه بنفسه كعمل لا يحسنه **أو عمل يترفع عنه** جاز أن يوكل فيه غيره، لأن توكيله فيما لا يحسنه أو فيما يترفع عنه إذن في التوكيل فيه من جهة العرف، وإن كان مما

قوله: (**رأس الدين النصيحة**) معناه أصله الذي يقوم به، مستعار من رأس الإنسان الذي لا يبقى الإنسان مع ذهابه والنصيحة هي فعيلة من النصح وهو الصدق بالخبر يقال نصحته نصحاً ونصاحة قال الله تعالى ﴿وأنصح لكم﴾. والنصح الناصح واشتقاقه من النصح وهو الخياطة نصح ثوبه وإذا خاطه. والنصاح الخيط. ويقال للمخيط نصاح ومنصح قاله الزجاج. ومعنى لله أي باعتقاد وحدانيته وأداء فرائضه وحقوقه. ولرسوله الإيمان بنبوته وتصديق ما جاء به. ولكتابه الإيمان به والعمل بما فيه. ولأئمة المسلمين بالطاعة والصدق وترك المخالفة. وللمسلمين في المعاملات بترك الغش والخداع وأن يحب لأخيه المسلم ما يحب لنفسه قوله: (**يترفع عنه**) أي يتنزه ويتشرف يقال رجل رفيع شريف القدر. ويجوز أن يكون من الارتفاع

---

(١) رواه البخاري في كتاب الإيمان باب ٤٢. مسلم في كتاب الإيمان حديث ٩٥.

يتولاه إلا أنه لا يقدر على جميعه لكثرته جاز له أن يوكل فيما لا يقدر عليه منه، لأن توكيله فيما لا يقدر عليه إذن في التوكيل فيه من جهة العرف وهل يجوز أن يوكل في جميعه؟ فيه وجهان: أحدهما له أن يوكل في جميعه لأنه ملك التوكيل فملك في جميعه كالموكل، والثاني ليس له أن يوكل فيما يقدر عليه منه، لأن التوكيل يقتضي أن يتولى الوكيل بنفسه، وإنما أذن له فيما لا يقدر عليه للعجز وبقي فيما يقدر عليه على مقتضى التوكيل. وإن وكل نفسين في بيع أو طلاق فإن جعله إلى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن ينفرد به لأنه أذن لكل واحد منهما في التصرف، وإن لم يجعل إلى كل واحد منهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد به لأنه لم يرض بتصرف أحدهما فلا يجوز أن ينفرد به، وإن وكلهما في حفظ ماله حفظاه في حرز لهما، وخرج أبو العباس وجهاً آخر أنه إن كان مما ينقسم جاز أن يقتسما ويكون عند كل واحد منهما نصفه، وإن لم ينقسم جعلاه في حرز لهما كما يفعل المالكان والصحيح هو الأول لأنه تصرف أشرك فيه بينهما، فلم يجز لأحدهما أن ينفرد ببعضه فيه كالبيع ويخالف المالكين لأن تصرف المالكين بحق الملك ففعلا ما يقتضي الملك، وتصرف الوكيلين بالإذن والإذن يقتضي اشتراكهما ولهذا يجوز لأحد المالكين أن ينفرد ببيع بعضه ولا يجوز لأحد الوكيلين أن ينفرد ببيع بعضه.

فصل: وإن وكل رجلاً في الخصومة لم يملك الاقرار على الموكل ولا الإبراء من دينه ولا الصلح عنه، لأن الإذن في الخصومة لا يقتضي شيئاً من ذلك، وإن وكله **في تثبيت حق** فثبته لم يملك قبضه لأن الإذن في التثبيت ليس بإذن في القبض من جهة النطق ولا من جهة العرف لأنه ليس في العرف أن من يرضاه للتثبيت يرضاه للقبض، وإن وكله في قبض حق من رجل فجحد الرجل الحق فهل يملك أن يثبته عليه؟ فيه وجهان: أحدهما لا يملك لأن الإذن في القبض ليس بإذن في التثبيت من جهة النطق ولا من جهة العرف لأنه ليس في العرف أن من يرضاه للقبض يرضاه للتثبيت، والثاني أنه يملك لأنه يتوصل بالتثبيت إلى القبض، فكان الإذن في القبض إذناً بالتثبيت، وإن وكله في بيع سلعة فباعها لم يملك الإبراء من الثمن، لأن الإذن في البيع ليس بإذن في الإبراء من الثمن. وهل يملك قبضه أم لا؟ فيه وجهان: أحدهما أنه لا يملك لأن الإذن في البيع ليس بإذن في قبض الثمن من جهة النطق ولا من جهة العرف لأنه قد يرضى الإنسان للبيع من لا يرضاه للقبض، والثاني أنه يملك لأن العرف في البيع تسليم للمبيع وقبض الثمن فحملت الوكالة عليه، وإن وكله في شراء عبد فاشترى، وسلم الثمن ثم استحق العبد فهل يملك

الذي هو ضد الانخفاض قوله: **(تثبيت حق)** هو إقراره لزومه لزوماً لا يفارقه ومنه يقال أثبته إذا لم يفارقه. والثبت الحجة اللازمة. وفلان ثبت في الخصومة أي لا يزل لسانه عند

أن يخاصم البائع في درك الثمن؟ فيه وجهان: أحدهما يملك لأنه من أحكام العقد، والثاني لا يملك لأن الذي وكل فيه هو العقد وقد فرغ منه فزالت الوكالة.

فصل: وإن وكل في البيع في زمان لم يملك البيع قبله ولا بعده لأن الإذن لا يتناول ما قبله ولا ما بعده من جهة النطق ولا من جهة العرف، لأنه قد يؤثر البيع في زمان الحاجة ولا يؤثر في زمان قبله ولا زمان بعده، وإن وكله في البيع في مكان فإن كان الثمن فيه أكثر أو النقد فيه أجود لم يجز البيع في غيره لأنه قد يؤثر البيع في ذلك المكان لزيادة الثمن أو جودة النقد فلا يجوز تفويت ذلك عليه، وإن كان الثمن فيه وفي غيره واحداً ففيه وجهان: أحدهما أنه يملك البيع في غيره لأن المقصود فيهما واحد فكان الإذن في أحدهما إذناً في الآخر، والثاني لا يجوز لأنه لما نص عليه دل على أنه قصد عينه لمعنى هو أعلم به من يمين وغيرها فلم تجز مخالفته.

فصل: وإن وكله في البيع من رجل لم يجز أن يبيع من غيره، لأنه قد يؤثر تمليكه دون غيره، فلا يكون الإذن في البيع منه إذناً في البيع من غيره، وإن قال خذ مالي من فلان فمات لم يجز أن يأخذ من ورثته لأنه قد لا يرضى أن يكون ماله عنده، ويرضى أن يكون عند ورثته فلا يكون الإذن في الأخذ منه إذناً في الأخذ من ورثته، وإن قال خذ مالي على فلان فمات جاز أن يأخذ من ورثته لأنه قصد أخذ ماله، وذلك يتناول الأخذ منه ومن ورثته، وإن وكل العدل في بيع الرهن فأتلفه رجل فأخذت منه القيمة لم يجز له بيع القيمة لأن الإذن لم يتناول بيع القيمة.

فصل: وإن وكل في بيع فاسد لم يملك الفاسد، لأن الشرع لم يأذن فيه، ولا يملك الصحيح لأن الموكل لم يأذن فيه.

فصل: وإن وكل في بيع سلعة لم يملك بيعها من نفسه من غير إذن لأن العرف في البيع أن يوجب لغيره فحمل الوكالة عليه، ولأن إذن الموكل يقتضي البيع ممن يستقصي في الثمن عليه، وفي البيع من نفسه لا يستقصي في الثمن فلم يدخل في الإذن. وهل يملك البيع من ابنه أو مكاتبه؟ فيه وجهان: أحدهما يملك وهو قول أبي سعيد الاصطخري لأنه يجوز أن يبيع منه ماله فجاز له أن يبيع منه مال موكله كالأجنبي، والثاني لا يجوز وهو قول أبي إسحاق لأنه متهم في الميل إليهما كما يتهم في الميل إلى نفسه، ولهذا لا تقبل شهادته لهما كما لا تقبل شهادته لنفسه فإن أذن له في البيع من نفسه ففيه وجهان: أحدهما يجوز كما يجوز أن يوكل المرأة في طلاقها، والثاني لا يجوز وهو

الخصومة. وقوله تعالى: ﴿ليثبتوك﴾[الأنفال: ٣٠] أي يحرجوك حراجة لا تقوم معها من أثبت الرمية إذا أصابها فلزمت مكانها ولم تقم قوله: (يتهم) أي تلحقه التهمة أصلها من توهمت أي

المنصوص لأنه يجتمع في عقده غرضان متضادان **الاستقصاء للموكل** والاسترخاص لنفسه فتمانعا، ويخالف الطلاق فإنه يصح بالزوج وحده فصح بمن يوكل، والبيع لا يصح بالبائع وحده فلم يصح بمن يوكله وإن وكل رجلاً في بيع عبده ووكله آخر في شرائه، لم يصح لأنه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه، وإن وكله في خصومة رجل ووكله الرجل في خصومته ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه توكيل في أمر يجتمع فيه عرضان متضادان فلم يصح كما لو وكله أحدهما في بيع عبده ووكله آخر في شرائه، والثاني يصح لأنه لا **يتهم** في إقامة الحجة لكل واحد منهما مع حضور الحاكم، فإن وكل عبد الرجل ليشتري له نفسه أو عبداً غيره من مولاه ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه لما جاز توكيله في الشراء من غير مولاه جاز توكيله في الشراء من مولاه، والثاني لا يجوز لأن يد العبد كيد المولى ولهذا يحكم له بما في يد العبد كما يحكم له بما في يده ثم لو وكل المولى في الشراء من نفسه لم يجز فكذلك إذا وكل العبد.

فصل: وإن وكل في شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشتري معيباً لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة من العيب ولهذا لو اشترى عيناً فوجد بها عيباً ثبت له الرد، فإن اشترى معيباً نظرت؛ فإن اشتراه وهو يعلم أنه معيب لم يصح الشراء للموكل لأنه اشترى له ما لم يأذن فيه فلم يصح له، وإن اشتراه وهو لا يعلم أنه معيب ثم علم لم يخل إما أن يرضى به أو لا يرضى، فإن لم يرض به نظرت؛ فإن علم الموكل ورضي به لم يجز للوكيل رده لأن الرد لحقه وقد رضي به فسقط، وإن لم يعلم الموكل ثبت للوكيل الرد لأنه ظلامة حصلت بعقده فجاز له رفعها كما لو اشترى لنفسه، فإن قال له البائع أخر الرد حتى تشاور الموكل فإن لم يرض قبلته لم يلزمه التأخير لأنه حق تعجل له فلم يلزمه تأخيره، وإن قبل منه وأخره بهذا الشرط فهل يسقط حقه من الرد فيه وجهان: أحدهما يسقط لأنه ترك الرد مع القدرة، والثاني لا يسقط لأنه لم يرض بالعيب فإن ادعى البائع أن الموكل علم بالعيب ورضي به فالقول قول الوكيل مع يمينه لأن الأصل عدم الرضا، فإن رضي الوكيل بالعيب سقط خياره، فإن حضر الموكل ورضي بالعيب استقر العقد، وإن اختار الرد نظرت؛ فإن كان قد سماه الوكيل في الابتياع أو نواه وصدقه البائع جاز أن يرده لأن الشراء له وهو لم يرض بالعيب وإنما رضي وكيله فلا يسقط حقه من الرد، وإن لم يسمه الوكيل في الابتياع ولا صدقة البائع أنه نواه فالمنصوص أن السلعة تلزم الوكيل لأنه ابتاع في الذمة للموكل ما

ظننت وأوهمت غيري إيهاماً واتهمت فلاناً بكذا والاسم التهمة بالتحريك وأصل التاء فيه واو على ما ذكرنا في وكل واتكل قوله: (**الاستقصاء للموكل**) طلب الأقصى وهو البعيد أي

لم يأذن فيه له ومن أصحابنا من قال: يلزم الموكل لأن العقد وقع له وقد تعذر الرد بتفريط الوكيل في ترك الرد، ويرجع الموكل على الوكيل بنقصان العيب لأن الوكيل صار كالمستهلك له بتفريطه. وفي الذي يرجع به وجهان: أحدهما وهو قول أبي يحيى البلخي أنه يرجع بما نقص من قيمته معيباً عن الثمن، فإن كان الثمن مائة وقيمة السلعة مائة لم يرجع بشيء، وإن كان الثمن مائة وقيمة السلعة تسعين رجع بعشرة كما نقول في شاهدين شهدا على رجل أنه باع سلعة بمائة فأخذت منه ووزن له المشتري الثمن ثم رجع الشهود عن الشهادة، فإن الحكم لا ينقض ويرجع البائع على الشهود بما نقص من القيمة عن الثمن، فإن كان الثمن والقيمة سواء لم يرجع عليهم بشيء، وإن كانت القيمة مائة والثمن تسعون رجع بعشرة، والثاني أنه يرجع بأرش العيب وهو الصحيح لأنه عيب فات الرد به من غير رضاه فوجب الرجوع بالأرض، وإن وكل في شراء سلعة بعينها فاشتراها ووجد بها عيباً، فهل له أن يرد من غير إذن الموكل؟ فيه وجهان: أحدهما له أن يرد لأن البيع يقتضي السلامة من العيب ولم يسلم من العيب فثبت له الرد كما لو وكل في شراء سلعة موصوفة فوجد بها عيباً فعلى هذا يكون حكمه في الرد على ما ذكرناه في السلعة الموصوفة، والثاني لا يرد من غير إذن الموكل لأنه قطع نظره واجتهاده بالتعيين.

فصل: وإن وكل في بيع عبد أو شراء عبد لم يجز أن يعقد على بعضه لأن العرف في بيع العبد وشرائه أن يعقد على جميعه فحمل الوكالة عليه، ولأن في تبعيضه إضراراً بالموكل فلم يملك من غير إذن، وإن وكل في شراء أعبد أو بيع أعبد جاز أن يعقد على واحد لأن العرف في العبيد أن تباع وتشترى واحداً واحداً ولأنه لا ضرر في إفراد بعضهم عن بعض، وإن وكله أن يشتري له عشرة أعبد صفقة واحدة فابتاع عشرة أعبد من اثنين صفقة واحدة ففيه وجهان: قال أبو العباس يلزم الموكل لأنه اشتراهم صفقة واحدة، ومن أصحابنا من قال لا يلزم الموكل لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان.

فصل: ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع **بغير نقد البلد** من غير إذن ولا للوكيل في الشراء أن يشتري بغير نقد البلد من غير إذن، لأن إطلاق البيع يقتضي نقد البلد، ولهذا لو قال بعتك بعشرة دراهم حمل على نقد البلد، وإن كان في البلد نقدان باع بالغالب منهما لأن نقد البلد هو الغالب، فإن استويا في المعاملة باع بما هو أنفع للموكل لأنه مأمور بالنصح له ومن النصح أن يبيع بالأنفع، فإن استويا باع بما شاء منهما لأنه لا

يجتهد أقصى الجهد أي أبعده قوله: (**بغير نقد البلد**) نقدت الدراهم وانتقدتها إذا أخرجت منها الزيف. والدرهم نقد أي وزن جيد. والناقد والنقاد الذي يعرف الجيد والرديء منها، ونقدت له الدراهم فانتقدها أي قبضها أيضاً والنقد ضد الفقد أي يداً بيد.

مزية لأحدهما على الآخر فخير بينهما، وإن أذن له في العقد بنقد لم يجز أن يعقد بنقد آخر، لأن الإذن في جنس ليس بإذن في جنس آخر، ولهذا لو أذن له في شراء عبد لم يجز أن يشتري جارية، ولو أذن له في شراء حمار لم يجز أن يشتري فرساً.

فصل: وإن دفع إليه ألفاً وقال اشتر بعينها عبداً فاشترى في ذمته لم يصح الشراء للموكل، لأنه لم يرض بالتزام غير الألف، فإذا ابتاع بألف في الذمة فقد ألزمه في ذمته ألفاً لم يرض بالتزامها، فلم يلزمه. وإن قال اشترلي في الذمة وانقد الألف فيه فابتاع بعينها ففيه وجهان: أحدهما أن البيع باطل لأنه أمره بعقد لا ينفسخ بتلف الألف فعقد عقداً ينفسخ بتلف الألف وذلك لم يأذن فيه ولم يرض به. والثاني أنه يصح لأنه أمره بعقدٍ يلزمه الثمن مع بقاء الألف، ومع تلفها وقد عقد عقداً يلزمه الثمن مع بقائها، ولا يلزمه مع تلفها فزاده بذلك خيراً، وإن دفع إليه ألفاً وقال اشتر عبداً ولم يقل بعينها ففيه وجهان: أحدهما مقتضاه الشراء بعينها لأنه لما دفع إليه الألف دل على أنه قصد الشراء بها فعلى هذا إذا اشترى في ذمته لم يصح الشراء، والثاني أنه لا يقتضي الشراء بعينها لأن الأمر مطلق فعلى هذا يجوز أن يشتري بعينها ويجوز أن يشتري في الذمة وينقد الألف فيه.

فصل: فإن وكله في الشراء ولم يدفع إليه الثمن فاشتراه ففي الثمن ثلاثة أوجه: أحدها أنه على الموكل والوكيل ضامن لأن المبيع للموكل فكان الثمن عليه والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه، فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل لأن أحدهما ضامن والآخر مضمون عنه، فإن وزن الوكيل الثمن رجع على الموكل وإن وزن الموكل لم يرجع على الوكيل. والثاني أن الثمن على الوكيل دون الموكل لأن الذي التزم هو الوكيل، فكان الثمن عليه فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل لأن الثمن عليه ولا يجوز له مطالبة الموكل لأنه لا شيء عليه، فإن وزن الوكيل رجع على الموكل لأنه التزم بإذنه وإن لم يزن لم يرجع كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه، أنه إذا وزن رجع وإذا لم يزن لم يرجع وإن أبر البائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن. والثالث أن الثمن على الوكيل وللوكيل في ذمة الموكل مثل الثمن فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن وإن لم يطالبه البائع.

فصل: ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بثمن مؤجل من غير إذن لأن الأصل في البيع النقد، وإنما يدخل التأجيل لكساد أو فساد فإذا أطلق حمل على الأصل، فإن أذن له في بيع مؤجل وقدر الأجل لم يبع إلى أجل أكثر منه لأنه لم يرض بما زاد على المقدر

. . . .

فبقي على الأصل في المنع، وإن أطلق الأجل ففيه وجهان: أحدهما لا يصح التوكيل لأن الآجال تختلف فيكثر الغرر فيه فلم يصح. والثاني يصح ويحمل على العرف في مثله لأن مطلق الوكالة يحمل على المتعارف، وإن لم يكن فيه عرف باع بأنفع ما يقدر عليه لأنه مأمور بالنصح لموكله. ومن أصحابنا من قال يجوز القليل والكثير لأن اللفظ مطلق، ومنهم من قال: يجوز إلى سنة لأن الديون المؤجلة في الشرع مقدرة بالسنة وهي الدية والجزية والصحيح هو الأول، وقول القائل الثاني إن اللفظ مطلق لا يصح لأن العرف يخصه، ونصح الموكل يخصه، وقول القائل الثالث لا يصح لأن الدية والجزية وجبت بالشرع فحمل على تأجيل الشرع، وهذا وجب بإذن الموكل فحمل على المتعارف، وإن أذن له في البيع إلى أجل فباع بالنقد نظرت فإن باع بدون ما يساوي نسيئة لم يصح لأن الإذن في البيع نسيئة يقتضي البيع بما يساوي نسيئة، فإذا باع بما دونه لم يصح. وإن باع نقداً بما يساوي نسيئة؛ فإن كان في وقت لا يأمن أن ينهب أو يسرق لم يصح لأنه ضرر لم يرض به فلم يلزمه، وإن كان في وقت مأمون ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه قد يكون له غرض في كون الثمن في ذمة مليء، ففوت عليه ذلك فلم يصح، والثاني يصح لأنه زاده بالتعجيل خيراً. وإن وكله أن يشتري عبداً بألف فاشتراه بألف مؤجل ففيه وجهان: أحدهما لا يصح الشراء للموكل لأنه قصد أن لا يكون عليه دين وأن لا يشتري إلا بما معه، والثاني أنه يصح لأنه حصل له العبد وزاده بالتأجيل خيراً.

فصل: ولا يجوز للوكيل في البيع أن يشترط الخيار للمشتري ولا للوكيل في الشراء أن يشترط الخيار للبائع من غير إذن لأنه شرط لاحظ فيه للموكل فلا يجوز من غير إذن كالأجل، وهل يجوز أن يشترط لنفسه أو للموكل؟ فيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأن إطلاق البيع يقتضي البيع من غير شرط، والثاني يجوز لأنه احتاط للموكل بشرط الخيار.

فصل: ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بدون ثمن المثل بما **لا يتغابن الناس** به من غير إذن، ولا للوكيل في الشراء أن يشتري بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن، لأنه منهي عن الإضرار بالموكل مأمور بالنصح له، وفي النقصان عن ثمن المثل في البيع والزيادة على ثمن المثل في الشراء إضرار وترك النصح، ولأن العرف في البيع ثمن المثل فحمل إطلاق الإذن عليه، فإن حضر من يطلب بالزيادة على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثل لأنه مأمور بالنصح والنظر للموكل، ولا نصح ولا نظر للموكل في ترك الزيادة، وإن باع بثمن المثل ثم حضر من يزيد في حال الخيار ففيه وجهان: أحدهما لا يلزمه فسخ البيع لأن المزايد قد لا يثبت على الزياد فلا يلزمه الفسخ

قوله: **(يتغابن الناس)** قد ذكر الغبن والغبن.

بالشك، والثاني يلزمه الفسخ وهو الصحيح لأن حال الخيار كحال العقد. ولو حضر في حال العقد من يزيد وجب البيع منه فكذلك إذا حضر في حال الخيار، وقول القائل الأول إنه قد لا يثبت على الزيادة فيكون الفسخ بالشك لا يصح لأن الظاهر أنه يثبت فلا يكون الفسخ بالشك، وإن باع بنقصان يتغابن الناس بمثله بأن باع ما يساوي عشرة بتسعة صح البيع، وإن اشترى بزيادة يتغابن الناس بمثلها بأن ابتاع ما يساوي عشرة بأحد عشر صح الشراء، ولزم الموكل لأن ما يتغابن الناس بمثله يعد من المثل، ولأنه لا يمكن الاحتراز منه فعفى عنه، وإن اشترى بزيادة لا تتغابن الناس بمثلها بأن ابتاع ما يساوي عشرة بإثني عشر، فإن كان بعين مال الموكل بطل الشراء لأنه عقد على ماله عقداً لم يأذن فيه، وإن كان في الذمة لزم الوكيل، لأنه اشترى في الذمة بغير إذن فوقع الملك له، وإن باع بنقصان لا يتغابن الناس بمثله بأن باع ما يساوي عشرة بثمانية لم يصح البيع لأنه بيع غير مأذون فيه، فإن كان المبيع باقياً رد وإن كان تالفاً وجب ضمانه وللموكل أن يضمن الوكيل، لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه، وله أن يضمن المشتري لأنه قبض ما لم يكن له قبضه، فإن اختار تضمن المشتري ضمن جميع القيمة وهو عشرة، لأنه ضمن المبيع بالقبض فضمنه بكمال البلد، وإن اختار تضمين الوكيل ففيه ثلاثة أقوال: أحدها أنه يضمنه جميع القيمة لأنه لزمه رد المبيع فضمن جميع بدله، والثاني يضمنه تسعة لأنه لو باعه بتسعة جاز فلا يضمن ما زاد ويضمن المشتري تمام القيمة وهو درهم، والثالث يضمنه درهماً لأنه لم يفرط إلا بدرهم فلا يضمن غيره ويضمن المشتري تمام القيمة وهو تسعة، وما يضمنه الوكيل يرجع به على المشتري، وما يضمنه المشتري لا يرجع به على الوكيل لأن المبيع تلف في يده فاستقر الضمان عليه، وإن قدر الثمن فقال بع بألف درهم لم يجز أن يبيع بما دونها لأن الإذن في الألف ليس بإذن فيما دونها، وإن باع بألفين نظرت، فإن كان قد عين من يبيع منه لم يجز لأنه قصد تمليكه بألف فلا يجوز أن يفوت عليه غرضه، وإن لم يعين من يبيع منه جاز لأن الإذن في الألف إذن فيما زاد من جهة العرف لأن من رضي بألف رضي بألفين. وإن قال بع بألف ولا تبع بما زاد لم يجز أن يبيع بما زاد لأنه صرح بالنهي فدل على غرض قصده فلم يجز مخالفته، وإن قال بع بألف فباع بألف وثوب ففيه وجهان: أحدهما أنه يصح لأنه حصل له الألف وزيادة فصار كما لو باع بألفي درهم، والثاني أنه لا يصح لأن الدراهم والثوب تتقسط على السلعة فيكون ما يقابل الثوب من السلعة مبيعاً بالثوب وذلك خلاف ما يقتضيه الإذن، فإن الإذن يقتضي البيع بالنقد فعلى هذا هل يبطل العقد في الدراهم؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة، وإن وكله في

. . . .

بيع عبد بألف فباع نصفه بألف جاز لأنه مأذون له فيه من جهة العرف لأن من يرضى ببيع العبد بألف يرضى ببيع نصفه بالألف، فإن باع نصفه بما دون الألف لم يصح لأنه ربما لم يمكنه بيع الباقي بتمام الألف، وإن وكله في بيع ثلاثة أعبد بألف فباع عبداً بدون الألف لم يصح لأنه قد لا يشتري الباقي بما بقي من الألف، وإن باع أحد الثلاثة بألف جاز لأن من رضي ببيع ثلاثة بألف رضي ببيع أحدهم بألف، وهل له أن يبيع الآخرين؟ فيه وجهان: أحدهما لا يملك لأنه قد حصل المقصود وهو الألف، والثاني أنه يجوز أذن له في بيع الجميع فلا يسقط الأمر ببيع واحد منهم كما لو لم يقدر الثمن، وإن وكله في شراء عبد بعينه بمائة فاشتراه بخمسين لزم الموكل لأنه مأذون فيه من جهة العرف، لأن من رضي أن يشتري عبداً بمائة رضي أن يشتريه بخمسين، وإن قال اشتر بمائة ولا تشتر بخمسين جاز أن يشتري بمائة، لأنه مأذون فيه ولا يشتري بخمسين لأنه منهي عنه، ويجوز أن يشتري بما بين الخمسين والمائة لأنه لما أذن في الشراء بالمائة دل على أنه رضي بالشراء بما دونها ثم خرج الخمسون بالنهي وبقي فيما زاد على ما دل عليه المأمور به، وهل يجوز أن يشتري بأقل من الخمسين فيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه لما نص على المائة دل على أن ما دونها أولى إلا فيما أخرجه النهي، والثاني لا يجوز لأنه لما نهى عن الخمسين دل على أن ما دونها أولى بالمنع. وإن قال اشتر هذا العبد بمائة فاشتراه بمائة وعشرة لم يلزم الموكل، وقال أبو العباس، يلزمه الموكل بمائة ويضمن الوكيل ما زاد على المائة لأنه تبرع بالتزام الزيادة، والمذهب الأول لأنه زاد على الثمن المأذون فلم يلزم الموكل كما لو قال اشترلي عبداً فاشتراه بأكثر من ثمن المثل، ولأنه لو قال بع هذا العبد بمائة فباعه بمائة إلا عشرة لم يصح ثم يضمن الوكيل ما نقص من المائة، فكذلك إذا قال اشتر هذا العبد بمائة فاشتراه بمائة وعشرة لم يلزم الموكل ثم يضمن الوكيل ما زاد على المائة. وإن وكله في شراء عبد بمائة فاشترى عبداً بمائتين وهو يساوي المائتين لم يلزم الموكل لأنه غير مأذون فيه من جهة النطق ولا من جهة العرف، لأنه رضاه بعبد بمائة لا يدل على الرضا بعبد بمائتين وإن دفع إليه ديناراً وأمره أن يشتري شاة فاشترى شاتين فإن لم تساوِ كل واحدة منهما ديناراً لم يلزم الموكل لأنه لا يطلب بدينار ما لا يساوي ديناراً، وإن كان كل واحدة منهما تساوي ديناراً فإن اشترى في الذمة ففيه قولان: أحدهما أن الجميع للموكل لأن النبي ﷺ دفع إلى عروة البارقي ديناراً ليشتري له شاة فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وأتى النبي ﷺ بشاة ودينار **فدعا له بالبركة** ولأن الإذن في شاة بدينار إذن في شاتين بدينار لأن من رضي شاة بدينار رضي شاتين بدينار، والثاني أن

تقوله: **(فدعا له بالبركة)** أي بالماء والزباة مثل بركة المال والطعام، والبركة أيضاً

للموكل شاة لأنه أذن فيه والأخرى للوكيل لأنه لم يأذن فيه الموكل فوقع الشراء للوكيل. فإن قلنا إن الجميع للموكل فباع إحداهما فقد خرج أبو العباس فيه وجهين: أحدهما أنه لا يصح لأنه باع مال الموكل بغير إذنه فلم يصح، والثاني أنه يصح لحديث عروة البارقي والمذهب الأول **والحديث يتأول**، وإن قلنا إن للوكيل شاة استرجع الموكل منه نصف دينار، وإن اشترى الشاتين بعين الدينار، فإن قلنا فيما اشترى في الذمة إن الجميع للموكل كان الجميع ههنا للموكل، وإن قلنا إن إحداهما للوكيل والأخرى للموكل صح الابتياع للموكل في إحداهما ويبطل في الأخرى، لأنه لا يجوز أن يصح الابتياع له بمال الموكل فبطل.

فصل: إذا اشترى الوكيل ما أذن فيه الموكل إنتقل الملك إلى الموكل لأن العقد له فوقع الملك له كما لو عقده بنفسه، وإن اشترى ما لم يأذن فيه، فإن كان قد اشتراه بعين مال الموكل فالعقد باطل لأنه عقد على مال لم يؤذن في العقد عليه فبطل كما لو باع مال غيره بغير إذنه، وإن اشتراه بثمن في الذمة نظرت، فإن لم يذكر الموكل في العقد لزمه ما اشترى لأنه اشترى لغيره في الذمة ما لم يأذن فيه فانعقد الشراء له كما لو اشتراه من غير وكالة، وإن ذكر الموكل في العقد ففيه وجهان: أحدهما أن العقد باطل لأنه عقد على أنه للموكل والموكل لم يأذن فيه فبطل، والثاني أنه يصح العقد، ويلزم الوكيل ما اشتراه وهو قول أبي إسحاق وهو الصحيح لأنه اشترى في الذمة ولم يصح في حق الموكل فانعقد في حقه كما لو لم يذكر الموكل.

فصل: وإن وكله في قضاء دين لزمه أن يشهد على القضاء لأنه مأمور بالنظر والاحتياط للموكل، ومن النظر أن يشهد عليه لئلا يرجع عليه فإن ادعى الوكيل أنه قضاه وأنكر الغريم لم يقبل قول الوكيل على الغريم، لأن الغريم لم يأتمنه على المال فلا يقبل قوله عليه في الدفع كالوصي إذا ادعى دفع المال إلى الصبي. وهل يضمن المال للموكل ينظر فيه، فإن كان في غيبة الموكل وأشهد شاهدين ثم مات الشهود أو فسقوا لم يضمن لأنه لم يفرط، وإن لم يشهد ضمن لأنه فرط، وإن أشهد شاهداً واحداً ففيه وجهان: أحدهما لا يضمن لأن الشاهد مع اليمين بينة، والثاني يضمن لأنه فرط حيث أنه اقتصر على بينة مختلف فيها وإن كان بمحضر الموكل وأشهد لم يضمن، وإن لم يشهد ففيه وجهان: أحدهما لا يضمن لأن المفرط هو الموكل فإنه حضر وترك الإشهاد، والثاني أنه

الإقامة والدوام ومنه تبارك الله أي دام ودوام النعمة أيضاً ومنه سميت البركة لإقامة الماء فيها قوله: (**والحديث يتأول**) أي ينظر ما يؤول إليه أمره في تفسيره وهو تأويله مأخوذ من آل وهو الرجوع يقال آل الملك إلى فلان أي رجع.

يضمن لأن ترك الإشهاد يثبت الضمان فلا يسقط حكمه بحضور الموكل كما لو أتلف ماله وهو حاضر. وإن وكله في إيداع ماله عند رجل فهل يلزمه الإشهاد فيه وجهان: أحدهما يلزمه لأنه لا يأمن أن يجحد فيشهد عليه الشهود، والثاني لا يلزمه لأن القول قول المودع في الرد والهلاك فلا فائدة في الإشهاد، وإن وكله في الإيداع فادعى أنه أودع وأنكر المودع لم يقبل قول الوكيل عليه، لأنه لم يأتمنه المودع فلا يقبل قوله عليه كالوصي إذا ادعى دفع المال إلى اليتيم، وهل يضمن الوكيل؟ ينظر فيه، فإن أشهد ثم مات الشهود أو فسقوا لم يضمن لأنه لم يفرط، وإن لم يشهد، فإن قلنا إنه يجب الإشهاد ضمن لأنه فرط، وإن قلنا لا يجب لم يضمن لأنه لم يفرط.

فصل: وإن كان عليه حق لرجل فجاء رجل وادعى أنه وكيل صاحب الحق في قبضه وصدقه جاز أن يدفع إليه ولا يجب الدفع إليه، وقال المزني يجب الدفع إليه لأنه أقر له بحق القبض، وهذا لا يصح لأنه دفع غير مبرىء فلم يجبر عليه كما لو كان عليه دين بشهادة فطولب به من غير إشهاد، فإن دفع إليه ثم حضر الموكل وأنكر التوكيل فالقول قوله مع يمينه أنه ما وكل لأن الأصل عدم التوكيل، فإذا حلف نظرت؛ فإن كان الحق عيناً أخذها إن كانت باقية ورجع ببدلها إن كانت تالفة، وله أن يطالب الدافع والقابض لأن الدافع سلم إلى من لم يأذن له الموكل والقابض أخذ ما لم يكن له أخذه فإن ضمن الدافع لم يرجع على القابض وإن ضمن القابض لم يرجع على الدافع لأن كل واحد منهما يقول إن ما يأخذه المالك ظلم فلا يرجع به على غيره، وإن كان الحق ديناً فله أن يطالب به الدافع لأن حقه في ذمته لم ينتقل. وهل له أن يطالب القابض؟ فيه وجهان: أحدهما له أن يطالب وهو قول أبي إسحاق لأنه يقر بأنه قبض حقه فرجع عليه كما لو كان الحق عيناً، والثاني ليس له وهو قول أكثر أصحابنا لأن دينه في ذمة الدافع لم يتعين فيما صار في يد القابض فلم يجز أن يطالب به، وإن جاء رجل إلى من عليه الحق وادعى أنه وارث صاحب الحق فصدقه وجب الدفع إليه لأنه اعترف بأنه لا مالك له غيره، وإن دفعه إليه دفع مبرىء فلزمه. وإن جاء رجل فقال: أحالني عليك صاحب الحق فصدقه ففيه وجهان: أحدهما يلزمه الدفع إليه لأنه أقر له أنه انتقل الحق إليه فصار كالوارث، والثاني أنه لا يلزمه لأن الدفع غير مبرىء لأنه ربما يجيء صاحب الحق فينكر الحوالة فيضمنه، وإن كذبه لم يلزمه الدفع إليه في المسائل كلها، وهل يحلف إن قلنا إنه إن صدقه لزمه الدفع إليه حلف لأنه قد يخاف اليمين فيصدقه فيلزمه الدفع إليه، وإن قلنا لا يلزمه الدفع إليه إذا صدقه لم يحلف لأن اليمين يعرض ليخاف فيصدق ولو صدق لم يلزمه الدفع فلا معنى لعرض اليمين.

. . . .

فصل: ويجوز للموكل أن يعزل الوكيل إذا شاء ويجوز للوكيل أن يعزل نفسه متى شاء، لأنه أذن في التصرف في ماله فجاز لكل واحد منهما إبطاله كالإذن في أكل طعامه، وإن رهن عند رجل شيئاً وجعلاه على يد عدل واتفقا على أنه يبيعه إذا حل الدين ثم عزله الراهن عن البيع انعزل لأنه وكيله في البيع فانعزل بعزله كالوكيل في بيع غير الرهن، وإن عزله المرتهن ففيه وجهان: أحدهما أنه ينعزل وهو ظاهر النص لأنه يبيع الرهن لحقه فانعزل بعزله كالراهن، والثاني لا ينعزل وهو قول أبي إسحاق لأنه ليس بوكيل له في البيع فلم ينعزل بعزله، وإن وكل رجلاً في تصرف وأذن له في توكيل غيره نظرت، فإن أذن له في التوكيل عن الموكل فهما وكيلان للموكل، فإن بطلت وكالة أحدهما لم تبطل وكالة الآخر، وإن أذن له في توكيله عن نفسه فإن الثاني وكيل الوكيل فإن عزله الموكل انعزل لأنه يتصرف فملك عزله كالوكيل وإن عزله الوكيل انعزل لأنه وكيله فانعزل بعزله وإن بطلت وكالة الوكيل بطلت وكالته، لأنه فرع له **فإذا بطلت وكالة الأصل بطلت وكالة الفرع**، وإن وكل رجلاً في أمر ثم خرج عن أن يكون من أهل التصرف في ذلك الأمر بالموت أو الجنون أو الإغماء أو الحجر أو الفسق بطلت الوكالة، لأنه لا يملك التصرف فلا يملك غيره من جهته. وإن أمر عبده بعقد ثم عتقه أو باعه ففيه وجهان: أحدهما لا ينعزل كما لو أمر زوجته بعقد ثم طلقها، والثاني أنه ينعزل لأن ذلك ليس بتوكيل في الحقيقة، وإنما هو أمر ولهذا يلزم إمتثاله وبالعتق والبيع سقط أمره عنه، وإن وكل في بيع عين فتعدى فيها بأن كان ثوباً فلبسه أو دابة فركبها فهل تبطل الوكالة أم لا؟ فيه وجهان: أحدهما تبطل فلا يجوز له البيع لأنه عقد أمانة فتبطل بالخيانة كالوديعة، والثاني أنها لا تبطل لأن العقد يتضمن أمانة وتصرفاً، فإذا تعدى فيه بطلت الأمانة وبقي التصرف كالرهن يتضمن أمانة ووثيقة فإذا تعدى فيه بطلت الأمانة وبقيت الوثيقة. وإن وكل رجلاً في تصرف ثم عزله ولم يعلم الوكيل بالعزل ففيه قولان: أحدهما لا ينعزل فإن تصرف صح تصرفه لأنه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهي كأمر صاحب الشرع، والثاني أنه ينعزل فإن تصرف لم ينفذ تصرفه لأنه قطع عقد لا يفتقر إلى رضاه فلم يفتقر إلى علمه كالطلاق.

فصل: والوكيل أمين فيما في يده من مال الموكل، فإن تلف في يده **من غير تفريط** لم يضمن لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل فلم يضمن، وإن وكله في بيع سلعة وقبض ثمنها فباعها وقبض ثمنها وتلف الثمن

قوله: (**فإذا بطلت وكالة الأصل بطلت وكالة الفرع**) أصله من أصل الشجرة المتصل بالأرض، والفرع من فروعها وهي أغصانها المرتفعة يقال فرع الأكمة أي أعلاها قوله: (**من غير تفريط**) هو من فرط أي تقدم والفرط أول الواردة كأنه تقدم في البيع من غير روية ولا

واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل لأن البيع له فكان الرجوع بالعهدة عليه كما لو باع بنفسه.

فصل: إذا ادعى رجل على رجل أنه وكل في تصرف فأنكر المدعى عليه، فالقول قوله لأنه ينكر العقد والأصل عدمه فكان القول قوله، وإن اتفقا على الوكالة واختلفا في صفتها بأن قال الوكيل وكّلتني في بيع ثوب، وقال الموكل بل وكلتك في عبد، أو قال الوكيل وكلتني في البيع بألف، وقال بل وكّلتك في البيع بألفين، أو قال الوكيل وكلتني في البيع بثمن مؤجل، وقال الموكل بل وكلتك في البيع بثمن حال، فالقول قول الموكل لأنه ينكر إذناً والأصل عدمه، ولأن من جعل القول قوله في أصل التصرف كان القول قوله في كيفيته كالزوج في الطلاق.

فصل: وإن اختلفا في التصرف فادعى الوكيل أنه باع المال وأنكر الموكل أو اتفقا على البيع واختلفا في قبض الثمن فادعى الوكيل أنه قبض الثمن وتلف وأنكر الموكل ففيه قولان: أحدهما أن القول قول الوكيل لأنه يملك العقد والقبض. ومن ملك تصرفاً ملك الإقرار به كالأب في تزويج البكر، والثاني أنه لا يقبل قوله لأنه إقرار على الموكل بالبيع وقبض الثمن فلم يقبل كما لو أقر عليه أنه باع ماله من رجل وقبض ثمنه، وإن وكله في ابتياع جارية فابتاعها ثم اختلفا فقال الوكيل: ابتعتها بإذنك بعشرين، وقال الموكل بل أذنت لك في ابتياعها بعشرة، فالقول قول الموكل لما بيناه، فإن حلف الموكل صارت الجارية للوكيل في الظاهر لأنه قد ثبت أنه ابتاعها بغير الإذن، فإن كان الوكيل كاذباً كانت الجارية له في الظاهر والباطن، وإن كان صادقاً كانت الجارية للموكل في الباطن وللوكيل في الظاهر قال المزني: ويستحب الشافعي رحمه الله في مثل هذا أن **يرفق الحاكم بالموكل** فيقول إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فبعه إياها بعشرين، فإن قال له بعتك هذه الجارية بعشرين صارت الجارية للوكيل في الظاهر والباطن، وإن قال كما قال المزني إن كنت أذنت لك في ابتياعها بعشرين فقد بعتكها بعشرين فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال لا يصح لأنه بيع معلق على شرط فلم يصح وجعل ما قاله المزني من كلام الحاكم لا من كلام الموكل، ومنهم من قال يصح لأن هذا الشرط يقتضيه العقد، لأنه لا يصح أن يبيعها إلا أن يكون قد أذن له في الابتياع بعشرين وما يقتضيه العقد لا يبطل العقد بشرطه، فإن امتنع الموكل من البيع قال المزني يبيعها الوكيل ويأخذ حقه من ثمنها، وقال

استظهار. وقال الجوهري فرط في الأمر يفرط أي قصر فيه وضيعه حتى فات وكذلك التفريط قوله: (**في كيفيته**) منسوب إلى كيف وهي كلمة استفهام أي كيف وقع كما وقع الكمية في النسب إلى كم الاستفهامية بتشديد الميم وتخفيفها قوله: (**يرفق الحاكم بالموكل**) الرفق ضد

أبو سعيد الاصطخري فيه وجهان: أحدهما ما قال المزني، والثاني أنه يملكها ظاهراً وباطناً بناء على القولين فيمن ادعى على رجل أنه اشترى منه داراً وأنكر المشتري وحلف أن المستحب للمشتري أن يقول للبائع إن كنت اشتريتها منك فقد فسخت البيع، وإن لم يفعل المشتري ذلك ففيه قولان: أحدهما أن البائع يبيع الدار ويأخذ ثمنها، والثاني أن البائع يملك الدار لأن المشتري صار كالمفلس بالثمن لتعذر من جهته فيكون البائع أحق بعين ماله وقال أبو إسحاق لا يملك الوكيل الجارية قولاً واحداً وتخالف الدار لأنها كانت للبائع فإذا تعذر الثمن انفسخ البيع وعاد المبيع إليه كما يعود إذا تحالف المتبايعان والجارية لم تكن للوكيل فتعود إليه عند التعذر، فإن قلنا يملكها ظاهراً وباطناً تصرف فيها بالوطء وغيره، وإن قلنا إنها للموكل في الباطن كان كمن له على رجل دين لا يصل إليه ووجد له مالاً من غير جنس حقه.

فصل: وإن اختلفا في تلف المال فادعى الوكيل أنه تلف وأنكر الموكل، فالقول قول الوكيل لأن التلف يتعذر إقامة البينة عليه فجعل القول قوله.

فصل: وإن اختلف في رد المال فقال الوكيل رددت عليك المال وأنكر الموكل نظرت؛ فإن كانت الوكالة بغير جعل فالقول قول الوكيل مع يمينه لأنه قبض العين لمنفعة الملك فكان القول في الرد قوله كالمودع، وإن كانت الوكالة بجعل ففيه وجهان: أحدهما لا يقبل قوله لأنه قبض العين لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر والمرتهن، والثاني أنه يقبل قوله لأن انتفاعه بالعمل في العين فأما العين فلا منفعة له فيها فقبل قوله في ردها كالمودع في الوديعة.

فصل: إذا كان لرجل على رجل آخر حق فطالبه به فقال لا أعطيك حتى تشهد على نفسك بالقبض نظرت، فإن كان مضموناً عليه كالغصب والعارية فإن كان عليه فيه بينة فله أن يمتنع حتى يشهد عليه بالقبض لأنه لا يأمن أن يقبض ثم يجحد ويقيم عليه البينة فيغرمه، وإن كان أمانة كالوديعة أو ما في يد الوكيل والشريك أو مضموناً لا بينة عليه فيه ففيه وجهان: أحدهما أن له أن يمتنع حتى يشهد بالقبض وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لأنه لا يأمن أن يقبض ثم يجحد فيحتاج أن يحلف أنه لا يستحق عليه وفي الناس من يكره أن يحلف، والثاني أنه ليس له أن يمتنع لأنه إذا جحد كان القول قوله أنه لا يستحق عليه شيئاً، وليس عليه في اليمين على الحق ضرر فلم يجز له أن يمتنع والله أعلم.

العنف أي يلطف به ويلين له القول حتى يسكن إليه. وتعذر الثمن من جهته أي تعسر يقال تعذر عليه الأم أي تعسر قاله الجوهري.

كتاب الوديعة

يستحب لمن قدر على حفظ الوديعة وأداء الأمانة فيها أن يقبلها لقوله تعالى: ﴿**وتعاونوا على البر والتقوى**﴾ [المائدة: ٢] ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة **والله** تعالى **في عون العبد** ما دام العبد في عون أخيه»[١] فإن لم يكن من يصلح لذلك غيره وخاف إن لم يقبل أن تهلك **تعين عليه قبولها** لأن حرمة المال كحرمة النفس، والدليل عليه ما روى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «**حرمة مال المؤمن كحرمة دمه**»[٢]، ولو خاف على دمه لوجه عليه حفظه، فكذلك إذا خاف على ماله، وإن كان عاجزاً عن حفظها أو لا يأمن أن يخون فيها لم يجز له قبولها، لأنه يغرر بها **ويعرضها للهلاك** فلم يجز له أخذها.

فصل: ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف في المال، فإن أودعه صبي أو سفيه لم يقبل لأنه تصرف في المال فلم يصح من الصبي والسفيه كالبيع، فإن أخذها منه ضمنها ولأنه أخذ ماله من غير إذن فضمنه كما لو غصبه. ولا يبرأ من الضمان إلا بالتسليم إلى الناظر في ماله كما تقول فيما غصبه من ماله، وإن خاف المودع أنه إن لم يأخذ منه

ومن كتاب الوديعة

الوديعة مشتقة من قولهم الشيء وادع أي ساكن فكأنها ساكنة عند المودع لا تحرك. وقيل أنها مشتقة من الدعة وهي الأمان أي هي أمان من التلف عند المودع. قلت وهذا الاشتقاق واحد لأن الوديعة فاؤها واو والدعة فاؤها واو قوله: **(وتعاونوا على البر والتقوى)** البر اسم جامع للخير كله. والتقوى فعلى من اتقيت والتاء مبدلة من الواو وأصلها، وقوى اتقى يتقي أصله أو تقي على افتعلى فأبدلت الواو تاء وهو من الوقاية أي ما يقي الإنسان من الأذى في الدنيا والآخرة من العذاب وكشف عنه كربة من كرب الدنيا مضى تفسيره في القرض قوله: **(والله في عون العبد)** العون الظهير على الأمر والجمع أعوان. وقوله تعالى ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ أي تعاهدوا وتساعدوا ولا ينفرد بعضكم عن بعض.

قوله: **(تعين عليه قبولها)** أي لزمه بعينه إذا لم يرد التوكيد، فإن أراد التوكيد حذف الباء قوله: **(حرمة مال المؤمن كحرمة دمه)** الحرمة ما يحرم عليه منه ولا يحل له انتهاكه كما يحرم قتله وإراقة دمه قوله: **(يعرضها للهلاك)** أي ينصبها له ويظهرها لمن يأخذها وقوله: ﴿وعرضنا

---

(١) رواه البخاري في كتاب المظالم باب ٣. مسلم في كتاب البر حديث ٥٩. أبو داود في كتاب الأدب باب ٣٨. الترمذي في كتاب الحدود باب ٣. أحمد في مسنده (٢/ ٩١).

(٢) رواه أحمد في مسنده (١/ ٤٤٦).

استهلكه فأخذه ففيه وجهان: بناء على القولين في المحرم إذا خلص طائراً من جارحة وأمسكه ليحفظه: أحدهما لا يضمن لأنه قصد حفظه، والثاني يضمن لأنه ثبتت يده عليه من غير ائتمان.

فصل: ولا يصح إلا عند جائز التصرف فإن أودع صبياً أو سفيهاً لم يصح الإيداع لأن القصد من الإيداع الحفظ، والصبي والسفيه ليسا من أهل الحفظ، فإن أودع واحداً منهما فتلف عنده لم يضمن لأنه لا يلزمه حفظه فلا يضمنه كما لو تركه عند بالغ من غير إيداع فتلف، وإن أودعه فأتلفه ففيه وجهان: أحدهما يضمن لأنه لم يسلطه على إتلافه فضمنه بالإتلاف كما لو أدخله داره فأتلف ماله، والثاني لا يضمن لأنه مكنه من إتلافه فلم يضمنه كما لو باع منه شيئاً وسلمه إليه فأتلفه.

فصل: وتنعقد الوديعة بما تنعقد به الوكالة من الإيجاب بالقول والقبول بالفعل، وتنفسخ بما تنفسخ به الوكالة من العزل والجنون **والإغماء** والموت كما تنفسخ الوكالة لأنه وكالة في الحفظ فكان كالوكالة في العقد والفسخ.

فصل: والوديعة **أمانة** في يد المودع، فإن تلفت من غير تفريط لم تضمن لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «من أودع وديعة فلا ضمان عليه»[1] وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم وهو إجماع فقهاء الأمصار ولأنه يحفظها للمالك فكانت يده كيده، ولأن حفظ الوديعة معروف وإحسان فلو ضمنت من غير عدوان زهد الناس في قبولها فيؤدي إلى قطع المعروف، فإن أودعه وشرط عليه الضمان لم يصر مضموناً لأنه أمانة فلا يصير مضموناً بالشرط كالمضمون لا يصير أمانة بالشرط، وإن ولدت الوديعة ولداً كان الولد أمانة، لأنه لم يوجد فيه سبب يوجب الضمان لا بنفسه ولا بأمه وهل يجوز له إمساكه فيه وجهان: أحدهما لا يجوز بل يجب أن يعلم صاحبه كما لو ألقت الريح ثوباً في داره، والثاني يجوز لأن إيداع الأم إيداع لما يحدث منها.

فصل: ومن قبل الوديعة نظرت؛ فإن لم يعين المودع الحرز لزمه حفظها في حرز مثلها، فإن أخر إحرازها فتلفت لزمه الضمان لأنه ترك الحفظ من غير عذر فضمنها، فإن

جهنم يومئذ للكافرين عرضاً﴾[الكهف: ١٠٠] أي أبرزناها وجعلناها بمكان يرونها قوله: **(مكنه)** مكنه من الشيء وأمكنه أي سلطه عليه فهو قادر عليه لا يمنعه منه مانع قوله: **(الإغماء)** أغمى عليه وهو مغمى عليه أي يغشى عليه وهو مغشى عليه قوله: **(أمانة)** الأمين

---

(١) روه أبو داود في كتاب البيوع باب ٨٨. ابن ماجه في كتاب الصدقات باب ٦.

وضعها في حرز دون حرز مثلها ضمن لأن الإيداع يقتضي الحفظ فإذا أطلق حمل على التعارف وهو حرز المثل فإذا تركها فيما دون حرز مثلها فقط فرط فلزمه الضمان، وإن وضعها في حرز فوق حرز مثلها لم يضمن لأن من رضي بحرز المثل رضي بما فوقه فإن قال لا تقفل عليه فأقفل عليه، أو قال لا تقفل عليه قفلين فأقفل قفلين أو قال لا ترقد عليه فرقد عليه فالمذهب أنه لا يضمن لأنه زاده في الحرز، ومن أصحابنا من قال يضمن لأنه نبه اللص عليه وأغراه به.

فصل: وإن عين له **الحرز** فقال احفظها في هذا البيت فنقلها إلى ما دونه ضمن، لأن من رضي حرزاً لم يرض بما دونه، وإن نقلها إلى مثله أو إلى ما هو أحرز منه لم يضمن، لأن من رضي حرزاً رضي مثله وما هو أحرز منه، وإن قال له احفظها في هذا البيت ولا تنقلها فنقلها إلى ما دونه ضمن لأنه لم يرض بما دونه، وإن نقلها إلى مثلها أو إلى ما هو أحرز منه ففيه وجهان: قال أبو سعيد الاصطخري لا يضمن لأنه جعله في مثله فأشبه إذا لم ينهه عن النقل، وقال أبو إسحاق يضمن لأنه نهاه عن النقل فضمنه بالنقل فإن خاف عليه في الحرز المعين من نهب أو حريق نظرت، فإن كان النهي مطلقاً لزمه النقل ولا يضمن لأن النهي عن النقل للاحتياط في حفظها، والاحتياط في هذا الحال أن تنقل فلزمه النقل، فإن لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لأنه فرط في الترك، وإن قال له لا تنقل وإن خفت عليها الهلاك فنقلها لم يضمن لأنه زاده خيراً، وإن تركها حتى تلفت ففيه وجهان: قال أبو العباس وأبو إسحاق لا يضمن لأن نهيه مع خوف الهلاك أبرأ من الضمان، وقال أبو سعيد الاصطخري يضمن لأن نهيه عن النقل مع خوف الخلاك لا حكم له لأنه خلاف الشرع فيصير كما لو لم ينهه، والأول أظهر لأن الضمان يجب لحقه فسقط بقوله، وإن خالف الشرع كما لو قال لغيره اقطع يدي أو أتلف مالي.

فصل: فإن أودعه شيئاً فربطه في كمه لم يضمن، فإن تركه في كمه ولم يربطه نظرت؛ فإن كان خفيفاً إذا سقط لم يعلم به ضمنه لأنه مفرط في حفظه، وإن كان ثقيلاً إذا سقط علم به لم يضمن لأنه غير مفرط، وإن تركه في جيبه فإن كان مزرراً أو كان الفتح ضيقاً لم يضمن لأنه لا تناله اليد، وإن كان واسعاً غير مزرر ضمن لأن اليد تناله، وإن أودعه شيئاً فقال اربطه في كمك فأمسكه في يده فتلف فقد روى المزني أنه لا يضمن، وروى الربيع في الأم أنه يضمن فمن أصحابنا من قال: هو على قولين: أحدهما لا يضمن لأن اليد أحرز من **الكم** لأنه قد يسرق من الكم ولا يسرق من اليد، والثاني أنه

مشتق من الأمان وهو ضد الخوف لأنه يأمن عليها في يده ولا يخاف تلفها قوله: **(الحرز)** من أحرز الشيء إذا احتاط في حفظه وهو الموضع الحصين يقال هذا حرز حريز ويسمى التعويذ

يضمن لأن الكم أحرز من اليد لأن اليد حرز مع الذكر دون النسيان والكم حرز مع النسيان والذكر، ومن أصحابنا من قال إن ربطها في كمه وأمسكها بيده لم يضمن لأن اليد مع الكم أحرز من الكم، وإن تركها في يده ولم يربطها في كمه ضمن لأن الكم أحرز من اليد وحمل الروايتين على هذين الحالين، وإن أمره أن يحرزها في جيبه فأحرزها في كمه ضمن، لأن **الجيب** أحرز من الكم لأن الكم قد يرسله فيقع منه ولا يقع من الجيب، وإن قال إحفظها في البيت فشدها في ثوبه وخرج ضمنها لأن البيت أحرز فإن شدها في عضده فإن كان الشد مما يلي أضلاعه لم يضمن لأنه أحرز من البيت، وإن كان من الجانب الآخر ضمن لأن البيت أحرز منه، وإن دفعها إليه في السوق وقال احفظها في البيت فقام في الحال ومضى إلى البيت فأحرزها لم يضمن، وإن قعد في السوق وتوانى ضمنها لأنه حفظها فيما دون البيت، وإن أودعه خاتماً وقال احفظه في البنصر فجعله في الخنصر ضمن لأن الخنصر دون البنصر في الحرز لأن الخاتم في الخنصر أوسع فهي إلى الوقوع أسرع، وإن قال اجعله في الخنصر فجعله في البنصر لم يضمن لأن البنصر أحرز لأنه أغلظ **والخاتم** فيه أحفظ، وإن قال اجعله في الخنصر فلبسه في البنصر فانكسر ضمن لأنه تعدى فيه.

فصل: وإن أراد المودع السفر ووجد صاحبها أو وكيله سلمها إليه، فإن لم يجد سلمها إلى الحاكم، لأنه لا يمكن منعه من السفر ولا قدرة على المالك ولا وكيله فوجب الدفع إلى الحاكم كما لو حضر من يخطب المرأة والولي غائب فإن الحاكم ينوب عنه في التزويج، فإن سلم إلى الحاكم مع وجود المالك أو وكيله ضمن لأن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك أو وكيله كما لا ولاية له في تزويج المرأة مع حضور الولي أو وكيله، فإن لم يكن حاكم سلمها إلى أمين لأن النبي ﷺ كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة سلمها إلى أم أيمن واستخلف علياً كرم الله وجهه في ردها، وإن سلم إلى أمين مع وجود الحاكم ففيه وجهان: أحدهما لا يضمن وهو ظاهر النص وهو قول أبي إسحاق لأنه أمين فأشبه الحاكم، والثاني يضمن وهو ظاهر قوله في الرهن وهو قول أبي سعيد الاصطخري

حرزاً لأنه يحرز صاحبه أي يحفظه ويحصنه مما يحذر قوله: **(الجيب)** مشتق من جاب إذا قطع يقال جبت القميص أجوبه إذا قورت جيبه. والمجوب حديدة يجاب بها أي يقطع. وقوله تعالى: ﴿جابوا الصخر بالواد﴾[الفجر: ٩] أي قطعوه قوله: **(الكم)** أصله الغطاء والجمع أكمام وكممة والكمة القلنسوة المدورة لا تغطي الرأس قوله: **(الخاتم)** فيه لغات خاتم بفتح التاء وخاتم بكسرها وخاتام وخيتام واشتقاقها من الختم على الشيء كيلا يفتح من ختم الدن وغيره والخنصر هي الصغرى من الأصابع وقد ذكرناها وذكرنا سائر أسماء الأصابع في كتاب

لأن أمانة الحاكم مقطوع بها وأمانة الأمين غير مقطوع بها فلا يجوز ترك ما يقطع به بما لا يقطع به كما لا يترك النص للاجتهاد، فإن لم يكن أمين لزمه أن يسافر بها لأن السفر في هذه الحال أحوط، فإن وجد المالك أو الحاكم أو الأمين فسافر ضمن لأن الإيداع يقتضي الحفظ في الحرز، وليس السفر من مواضع الحفظ، لأنه إما أن يكون مخوفاً أو آمناً لا يوثق بأمنه فلا يجوز مع عدم الضرورة، وإن دفنها ثم سافر نظرت؛ فإن كان في موضع لا يد فيه لأحد ضمن لأن ما تتناوله الأيدي معرض للأخذ، فإن كان في موضع مسكون فإن لم يعلم بها أحداً ضمن لأنه ربما أدركته المنية في السفر فلا تصل إلى صاحبها، فإن أعلم بها من لا يسكن في الموضع ضمن لأن ما في البيت إنما يكون محفوظاً بحافظ فإن أعلم بها من يسكن في الموضع، فإن كان غير ثقة ضمن لأنه عرضه للأخذ، وإن كان ثقة فهو كما لو استودع ثقة ثم سافر وقد بينا حكم من استودع ثم سافر.

فصل: وإن حضره الموت فهو بمنزلة من حضره السفر لأنه لا يمكنه الحفظ مع الموت بنفسه كما لا يمكنه الحفظ مع السفر وقد بينا حكمه، وإن قال في مرضه عندي وديعة ووصفها ولم يوجد ذلك في تركته فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق: لا يضرب المقر له مع الغرماء بقيمتها لأن الوديعة أمانة فلا يضمن بالشك، ومن أصحابنا من قال **يضرب المقر له بقيمتها مع الغرماء** وهو ظاهر النص لأن الأصل وجوب ردها فلا يسقط ذلك بالشك.

فصل: وإن أودع الوديعة غيره من غير ضرورة ضمنها لأن المودع لم يرض بأمانة غيره، فإن هلكت عند الثاني جاز لصاحبها أن يضمن الأول لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه، وله أن يضمن الثاني لأنه أخذ ما لم يكن له أخذه، فإن ضمن الثاني نظرت؛ فإن كان قد علم بالحال لم يرجع بما ضمنه على الأول لأنه دخل على أنه يضمن فلم يرجع، فإن لم يعلم ففيه وجهان: أحدهما أنه يرجع لأنه دخل على أنه أمانة فإذا ضمن رجع على من غره، والثاني أنه لا يرجع لأنه هلك في يده فاستقر الضمان عليه، فإن ضمن الأول فإن قلنا إن الثاني إذا ضمن يرجع على الأول لم يرجع الأول عليه، وإن قلنا إنه لا يرجع رجع الأول عليه، فأما إذا استعان بغيره في حملها ووضعها في الحرز أو سقاها أو علفها

الصلاة. وفي الأصبع أربع لغات إصبع مثل درهم وإصبع بكسرتين مثل إثمد وأصبع بضمتين مثل أبلم وأصبع بضم الهمزة وفتح الباء مثل أكرم وفيها لغة خامسة أصبع بفتح الهمزة وكسر الباء مثال أضرب وذكر ابن بابشاذ أصبع مثل امشوا قال وهي قليل.

قوله: (**يضرب المقر له بقيمتها مع الغرماء**) مأخوذ من الضارب الذي يضرب بالقداح وهو الموكل بها. ومثله الضريب والجمع الضرباء لأنه يضرب مع الغرماء بسهم قوله:

فإنه لا يضمن لأن العادة قد جرت بالاستعانة ولأنه ما أخرجها عن يده ولا فوض حفظها إلى غيره.

فصل: وإن أودعه دراهم فخلطها بمثلها من ماله ضمن لأن صاحبها لم يرض أن يخلط ماله بمال غيره، فإن خلطها بدراهم لصاحب الدراهم ففيه وجهان: أحدهما لا يضمن لأن الجميع له، والثاني أنه يضمن وهو الأظهر لأنه لم يرض أن يكون أحدهما مختلطاً بالآخر. وإن أودعه دراهم في كيس مشدود فحله أو خرق ما تحت الشد ضمن ما فيه لأنه هتك الحرز من غير عذر، وإن أودعه دراهم في غير وعاء فأخذ منها درهماً ضمن الدرهم لأنه تعدى فيه ولا يضمن الباقي لأنه لم يتعد فيه، فإن رد الدهم فإن كان متميزاً بعلامة لم يضمن غيره، وإن لم يتميز بعلامة فقد قال الربيع يضمن الجميع لأنه خلط المضمون بغيره فضمن الجميع والمنصوص أنه لا يضمن الجميع لأن المالك رضي أن يختلط هذا الدرهم بالدراهم فلم يضمن، فإن أنفق الدرهم ورد بدله فإن كان متميزاً عن الدراهم لم يضمن الدراهم لأنها باقية كما كانت، وإن كان غير متميز ضمن الجميع لأنه خلط الوديعة بما لا يتميز عنها فضمن الجميع.

فصل: فإن أودعه دابة فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ضمنها لأنها ماتت بسبب تعدى به فضمنها، وإن قال لا تسقها ولا تعلفها فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ففيه وجهان: قال أبو سعيد الاصطخري يضمن لأنه لا حكم لنهيه لأنه يجب عليه سقيها وعلفها فإذا ترك ضمن كما لو لم ينه عن السقي والعلف، وقال أبو العباس وأبو إسحاق لا يضمن لأن الضمان يجب لحق المالك وقد رضي بإسقاطه.

فصل: إذا أخرج الوديعة من الحرز لمصلحة لها **كإخراج الثياب للتشرير** لم يضمن لأن ذلك من مصلحة الوديعة ومقتضى الإيداع فلم يضمن به، وإن أخرجها لينتفع بها ضمنها لأنه تصرف في الوديعة بما ينافي مقتضاها فضمن به كما لو أحرزها في غير حرزها، فإن كان دابة فأخرجها للسقي والعلف إلى خارج الحرز، فإن كان المنزل ضيقاً لم يضمن لأنه مضطر إلى الإخراج، وإن كان المنزل واسعاً ففيه وجهان: أحدهما يضمن وهو المنصوص وهو قول أبي سعيد الاصطخري لأنه أخرج الوديعة من حرزها من غير حاجة فضمنها كما لو أخرجها ليركبها، والثاني أنه لا يضمن وهو قول أبي إسحاق لأن العادة قد جرت بالسقي والعلف خارج المنزل، وحمل النص عليه إذا كان الخارج غير آمن. وإن نوى إخراجها للانتفاع كاللبس والركوب أو نوى أن لا يردّها على صاحبها ففيه

(كإخراج الثياب للتشرير) شر الثوب وشرره ونشره إذا بسطه في الشمس ليجف ذكره في ديوان الأدب، وكذلك شررت الأقط أشره شراً إذا بسطته على خصفة ليجف.

ثلاثة أوجه: أحدها وهو قول أبي العباس أنه يضمن كما يضمن اللقطة إذا نوى تملكها، والثاني وهو قول القاضي أبي حامد المروروذي أنه إن نوى إخراجها للانتفاع بها لم يضمن، وإن نوى أن لا يردها ضمن لأن هذه النية صار ممسكاً لها على نفسه، وبالنية الأولى لا يصير ممسكاً على نفسه، والثالث وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يضمن لأن الضمان إنما يكون بفعل يوقع في العين وذلك لم يوجد.

فصل: وإن أخذت الوديعة منه قهراً لم يضمن لأنه غير مفرط في ذلك، وإن أكره حتى سلمها ففيه وجهان بناء على القولين فيمن أكره حتى أكل في الصوم: أحدهما أنه يضمن لأن فوت الوديعة على صاحبها لدفع الضرر عن نفسه فأشبه إذا أنفقها على نفسه لخوف التلف من الجوع، والثاني أنه لا يضمن لأنه مكره فأشبه إذا أخذت بغير فعل من جهته.

فصل: وإن طالبه المودع برد الوديعة فأخر من غير عذر ضمن لأنه مفرط فإن أخرها لعذر لم يضمن لأنه غير مفرط.

فصل: وإن تعدى في الوديعة فضمنها ثم ترك التعدي في الوديعة لم يبرأ من الضمان لأنه ضمن العين بالعدوان فلم يبرأ بالرد إلى المكان كما لو غصب من داره شيئاً ثم رده إلى الدار، فإن قال المودع أبرأتك من الضمان أو أذنت لك في حفظها ففيه وجهان: أحدهما يبرأ من الضمان وهو ظاهر النص لأن الضمان يجب لحقه فسقط بإسقاطه، والثاني أنه لا يبرأ حتى يردها إليه لأن الإبراء إنما يكون عن حق في الذمة ولا حق له في الذمة فلم يصح الإبراء.

فصل: إذا اختلف المودع والمودع فقال أودعتك وديعة وأنكرها المودع فالقول قوله لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لو أن الناس أعطوا بدعاويهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه، والبينة على من أنكر»[١]. ولأن الأصل أنه لم يودعه فكان القول قوله.

فصل: وإن ادعى أنها تلفت نظرت، فإن ادعى التلف بسبب ظاهر كالنهب والحريق فلم يقبل حتى يقيم البينة على وجود النهب والحريق لأن الأصل أن لا نهب ولا حريق، ويمكن إقامة البينة عليها فلم يقبل قوله من غير بينة، فإن أقام البينة على ذلك أو ادعى

....

(١) رواه البخاري في كتاب تفسير سورة آل عمران باب ٣. مسلم في كتاب الأقضية حديث ١. النسائي في كتاب القضاة باب ٣٦ ابن ماجه في كتاب الأحكام باب ٧. أحمد في مسنده (١/٣٤٢).

الهلاك بسبب يخفى فالقول قوله مع اليمين أنها هلكت لأن الهلاك يتعذر إقامة البينة عليه فقبل قوله مع يمينه.

فصل: وإن اختلفا في الرد فالقول قوله مع يمينه لأنه أخذ العين لمنفعة المالك فكان القول في الرد قوله، وإن ادعى عليه أنه أودعه فأنكر الإيداع فأقام المودع بينة بالإيداع فقال المودع صدقت البينة أو دعتني ولكنها تلفت أو رددتها لم يقبل قوله لأنه صار خائناً ضامناً، فلا يقبل قوله في البراءة بالرد والهلاك، فإن قال أنا أقيم البينة بالتلف أو الرد ففيه وجهان: أحدهما أنها تسمع لأنه لو صدقه المدعي ثبتت براءته فإذا قامت البينة سمعت، والثاني لا تسمع لأنه كذب البينة بإنكاره الإيداع، فأما إذا ادعى عليه أنه أودعه فقال: ما له عندي شيء فأقام البينة بالإيداع فقال صدقت البينة أو دعتني ولكنها تلفت أو رددتها قبل قوله مع اليمين لأنه صادق في إنكاره أنه لا شيء عنده لأنها إذا تلفت أو ردها عليه لم يبق له عنده شيء والله أعلم.

. . . .

كتاب العارية

الإعارة قربة مندوب إليها لقوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ [المائد: ٢] وروى جابر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما من صاحب إبل لا يفعل فيها حقها إلا جاءت يوم القيامة، أكثر ما كانت بقاع **قرقر**، **تشتد عليه** بقوائمها وأخفافها، قال رجل يا رسول الله ما حق الإبل؟ قال: **حلبها على الماء** وإعارة دلوها وإعارة فحلها»[1].

فصل: ولا تصح الإعارة إلا من جائز التصرف في المال فأما من لا يملك التصرف في المال كالصبي والسفيه فلا تصح منه لأنه تصرف في المال فلا يملكه الصبي والسفيه كالبيع.

فصل: وتصح الإعارة في كل عين ينتفع بها مع بقائها كالدور والعقار والعبيد والجواري والثياب والدواب والفحل للضراب لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ ذكر إعارة دلوها وإعارة فحلها، وروى أنس أن النبي ﷺ استعار من أبي طلحة فرساً فركبه، وروى صفوان أن النبي ﷺ استعار منه أدرعاً في غزاة حنين فثبت في هذه الأشياء بالخبر وقسنا عليها كل ما كان ينتفع به مع بقاء عينه.

ومن كتاب العارية

قال الجوهري العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وعيب وينشد:

إنما أنفسنا عارية والعواري قصارى أن ترد

والعارة مثل العارية قال ابن مقبل:

فاخلف وأتلف إنما المال عارة وكله مع الدهر الذي هو آكله

وقد قيل مستعار بمعنى متعاور أي متداول، وقال غيره لأنها تتناول باليد وفي الحديث فتعاوروه بأيديهم أي تناولوه وتداولوه وقيل اشتقاقها من عار إذا ذهب وجاء فسميت بذلك لذهابها إلى يد المستعير ثم عودها إلى يد المعير ومنه سميت العير لذهابها وعودتها.

ومنه قيل للرجل البطال عيار، وحكى الفراء رجل عيار إذا كان كثير الطواف والحركة قوله: (**بقاع قرقر تشتد عليه**) القاع المستوى من الأرض والجمع أقوع وأقواع وقيعان صارت الواو ياء لكسر ما قبلها. والقيعة مثل القاع وهو قوله: ﴿كسراب بقيعة﴾. والقرقر الأملس قاله الجوهري. وقال الهروي القرقر المكان المستوي وقد روى بقاع قرقر وهو مثله. وتشتد أي تعدو. وقد شد أي عدا قوله: (**حلبها على الماء**) بفتح اللام يقال حلب حلباً بالتحريك

---

(١) رواه البخاري في كتاب المساقاة باب ١٦. النسائي في كتاب الزكاة باب ٦. أحمد في مسنده (٢/ ٣٦٠، ٤٨٢).

فصل: ولا يجوز إعارة جارية ذات جمال لغير ذي رحم محرم، لأنه لا يأمن أن يخلو بها فيواقعها، فإن كانت قبيحة أو كبيرة لا تشتهى لم يحرم لأنه يؤمن عليها الفساد، ولا تجوز إعارة العبد المسلم من الكافر لأنه لا يجوز أن يخدمه، ولا تجوز إعارة الصيد من المحرم لأنه لا يجوز له إمساكه ولا التصرف فيه، ويكره أن يستعير أحد أبويه للخدمة لأنه يكره أن يستخدمهما فكره استعارتهما لذلك.

فصل: ولا تنعقد إلا بإيجاب وقبول لأنه إيجاب حق لآدمي فلا يصح إلا بالإيجاب والقبول كالبيع والإجارة، وتصح بالقول من أحدهما والفعل من الآخر فإن قال المستعير أعرني فسلمها إليه انعقد، وإن قال المعير أعرتك فقبضها المستعير انعقد لأنه **إباحة للتصرف** في ماله فصلح بالقول من أحدهما والفعل من الآخر كإباحة الطعام.

فصل: وإذا قبض العين ضمنها، لما روى صفوان أن النبي ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين فقال أغصباً يا محمد قال: «بل عارية مضمونة» ولأنه مال لغيره أخذه لمنفعة نفسه لا على وجه الوثيقة فضمنها كالمغصوب، فإن هلكت نظرت؛ فإن كان مما لا مثل له ففي ضمانها وجهان: أحدهما يضمنها بأكثر ما كانت قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب وتصير الأجزاء تابعة للعين إن سقط ضمانها بالرد سقط ضمان الأجزاء، وإن وجب ضمانها بالتلف وجب ضمان الأجزاء، والثاني أنها تضمن بقيمتها يوم التلف، وهو الصحيح لأنا لو ألزمناه قيمتها أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف أوجبنا ضمان الأجزاء التالفة بالإذن وهذا لا يجوز، ولهذا لو كانت العين باقية وقد نقصت أجزاؤها بالاستعمال لم يجب ضمانها، وإن كان مما له مثل فإن قلنا فيما لا مثل له أنه يضمن بأكثر ما كانت قيمته لزمه مثلها، وإن قلنا إنه يضمن بقيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها واختلف أصحابنا في ولد المستعارة، فمنهم من قال إنه مضمون لأنها مضمونة فضمن ولدها كالمغصوبة، ومنهم من قال لا يضمن لأن الولد لم يدخل في الإعارة فلم يدخل في الضمان ويخالف المغصوبة فإن الولد يدخل في الغصب فدخل في الضمان، فإن غصب عيناً فأعارها من غيره ولم يعلم المستعير وتلفت عنده فضمن المالك المستعير لم يرجع بما غرم على الغاصب لأنه دخل على أنه يضمن العين، وإن ضمنه أجرة المنفعة فهل يرجع على الغاصب؟ فيه قولان بناء على القولين فيمن غصب طعاماً وقدمه إلى غيره: أحدهما يرجع لأنه غره، والثاني لا يرجع لأن المنافع تلفت تحت يده.

فصل: ويجوز للمعير أن يرجع في العارية بعد القبض، ويجوز للمستعير أن يرد لأنه إباحة فجاز لكل واحد منهما رده كإباحة الطعام، وإذا فسخ العقد وجب الرد على

وكذلك الحلب اللبن المحلوب. قوله: (**إباحة للتصرف**) المباح خلاف المحظور، وأبحتك الشيء أحللته لك بغير عوض.

المستعير، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ استعار من صفوان بن أمية **أدرعاً وسلاحاً** فقال: أعارية مؤداة قال: «**عارية مؤداة**» ويجب ردها إلى المعير أو إلى وكيله فإن ردها إلى المكان الذي أخذها منه لم يبرأ من الضمان، لأن ما وجب رده وجب رده إلى المالك أو إلى وكيله كالمغصوب والمسروق.

فصل: ومن استعار عيناً جاز له أن يستوفي منفعتها بنفسه وبوكيله لأن الوكيل نائب عنه، وهل له أن يعير غيره؟ فيه وجهان: أحدهما يجوز كما يجوز للمستأجر أن يؤجر، والثاني لا يجوز وهو الصحيح لأنه إباحة فلا يملك بها الإباحة لغيره وكإباحة الطعام، ويخالف المستأجر فإنه يملك المنافع ولهذا يملك أن يأخذ عليه العوض فملك نقله إلى غيره كالمشتري للطعام، والمستعير لا يملك ولهذا لا يملك أخذ العوض عليه، فلا يملك نقله إلى غيره كمن قدم إليه الطعام.

فصل: وتجوز الإعارة مطلقاً ومعيناً لأنه إباحة فجاز مطلقاً ومعيناً كإباحة الطعام، فإن قال أعرتك هذه الأرض لتنتفع بها جاز له أن يزرع ويغرس ويبني لأن الإذن مطلق، وإن استعار للبناء أو للغراس جاز له أن يزرع، لأن الزرع أقل ضرراً من الغراس والبناء، فإذا رضي بالبناء والغراس رضي بالزرع، ومن أصحابنا من قال إن استعار للبناء لم يزرع، لأن في الزرع ضرراً ليس في البناء وهو أنه يرخي الأرض، وإن استعار للزرع لم يغرس ولم يبن لأن الغراس والبناء أكثر ضرراً من الزرع فلا يكون الإذن في الزرع إذناً في الغراس والبناء. وإن استعار للحنطة زرع الحنطة وما ضرره ضرر الحنطة لأن الرضا بزراعة الحنطة رضا بزراعة مثله، وإن استعار للغراس أو البناء ملك ما أذن فيه منهما، وهل يملك الآخر فيه وجهان: أحدهما أنه يملك الآخر لأن الغراس والبناء يتقاربان **في البقاء والتأبيد** فكان الإذن في أحدهما إذناً في الآخر، والثاني أنه لا يجوز لأن في كل واحد منهما ضرراً ليس في الآخر، فإن ضرر الغراس في باطن الأرض أكثر وضرر البناء في ظاهر الأرض أكثر فلا يملك بالإذن في أحدهما الآخر.

فصل: وإن أعاره أرضاً للغراس أو البناء فغرس وبنى ثم رجع، لم يجز أن يغرس ويبني شيئاً آخر لأنه يملك الغراس والبناء بالإذن وقد زال الإذن فأما ما غرس وبنى فينظر؛ فإن كان قد شرط عليه القلع أجبر على القلع لقوله ﷺ: «والمؤمنون عند شروطهم» ولأنه رضي بالتزام الضرر الذي يدخل عليه بالقلع فإذا قلع لم تلزمه تسوية الأرض، لأنه لما

قوله: (**أدرعاً وسلاحاً**) بالهمز أي مردودة من أدى دينه إذا قضاه والاسم الأداء وهو أداء الأمانة منك عند طلبها، قوله: (**في البقاء والتأبيد**) التأبيد هو الثبوت والإقامة على الأبد. والأبد الدهر يقال لا أفعله أبد الآبدين أي دهر الداهرين. وقوله تعالى: ﴿خالدين فيها

شرط عليه القلع رضي بما يحصل بالقلع من الحفر، ولأنه مأذون فيه فلا يلزمه ضمان ما حصل به من النقص كاستعمال الثوب لا يلزمه ضمان ما يبليه منه، وإن لم يشرط القلع نظرت، فإن لم تنقص قيمة الغراس والبناء بالقلع قلع لأنه يمكن **رد العارية فارغة** من غير إضرار فوجب ردها، فإن نقصت قيمة الغراس بالقلع نظرت، فإن اختار المستعير القلع كان له ذلك .لأنه ملكه فملك نقله، فإذا قلعه فهل تلزمه تسوية الأرض فيه وجهان: أحدهما لا تلزمه لأنه لما أعاره مع العلم بأن له أن يقلع كان ذلك رضا بما يحصل بالقلع من التخريب فلم تلزمه التسوية كما لو شرط القلع، والثاني تلزمه لأن القلع باختياره فإنه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الأرض كما لو أخرب أرض غيره من غير غراس، وإن لم يختر القلع نظرت، **فإن بذل** المعير قيمة الغراس والبناء ليأخذه مع الأرض أجبر المستعير عليه لأنه رجوع في العارية من غير إضرار، وإن ضمن أرش النقص بالقلع أجبر المستعير على القلع، لأنه رجوع في العارية من غير إضرار، وإن بذل المعير القيمة ليأخذه مع الأرض وبذل المستعير قيمة الأرض ليأخذها مع الغراس قدم المعير، لأن الغراس يتبع الأرض في البيع فجاز أن يتبعها في التملك، والأرض لا تتبع الغراس في البيع فلم تتبعه في التملك. وإن امتنع المعير من بذل القيمة وأرش النقص وبذل المستعير أجرة الأرض، لم يجبر على القلع لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق» وهذا ليس بظالم فوجب أن يكون له حق، ولأنه غراس مأذون فيه فلا يجوز الإضرار به في قلعه، وإن لم يبذل المستعير الأجرة ففيه وجهان: أحدهما لا يقلع لأن الإعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان، والثاني يقلع لأن بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله من غير أجرة.

فصل: إذا أقررنا الغراس في ملكه فأراد المعير أن يدخل إلى الأرض للتفرج أو يستظل بالغراس لم يكن للمستعير منعه لأن الذي استحق المستعير من الأرض موضع الغراس، فأما البياض فلا حق للمستعير فيه فجاز للمالك دخوله، وإن أراد المستعير

أبداً﴾[النساء: ٥٧] منه يقال أبد بالمكان يأبد أبوداً إذا أقام به قوله: **(رد العارية فارغة)** الفارغ الخالي ﴿وأصبح فؤاد أم موسى فارغاً﴾[القصص: ١٠] أي خالياً من الصغير وقيل خالياً من كل شيء إلا ذكر موسى. وتفريغ الظروف إفراغها. وأفرغت الإناء صببت ما فيه فهو فارغ أي خال قوله: **(وإن بذل)** أي أعطى تطوعاً وتبرعاً من غير إكراه ولا مطالبة. يقال بذلت الشيء أبذله بذلاً أي أعطيته وجدت به قوله: **(ليس لعرق ظالم حق)** يروى لعرق بالتنوين وظالم نعته، ويروى بغير تنوين مضاف إلى ظالم فمن نون جعله ظالماً بنفسه تشبيهاً ومجازاً وظالم نعت سبب ومن لم ينون فهو على حذف مضاف أي الذي عرق ظالم فالظالم هو الغارس. قال هشام بن عروة هو أن يجيء الرجل إلى أرض فيغرس فيها غرساً ليستوجب به الأرض

دخولها نظرت، فإن كان **للتفرج والاستراحة** لم يجز لأنه قد رجع في الإعارة فلا يجوز دخولها من غير إذن، وإن كان لإصلاح الغراس أو أخذ الثمار ففيه وجهان: أحدهما لا يملك لأن حقه إقرار الغراس والبناء دون ما سواه، والثاني أنه يملك وهو الصحيح لأن الإذن في الغراس إذن فيه فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره، وإن أراد المعير بيع الأرض جاز لأنه لا حق فيها لغيره فجاز له بيعها، وإن أراد المستعير بيع الغراس من غير المعير ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه ملك له لا حق فيه لغيره. والثاني لا يجوز لأن ملكه غير مستقر لأن للمعير أن يبذل له قيمة الغراس والبناء فيأخذهما، والصحيح هو الأول لأن عدم الاستقرار لا يمنع البيع كالشقص المشفوع يجوز للمشتري بيعه وإن جاز أن ينتزعه الشفيع بالشفعة.

فصل: وإن حمل السيل طعام رجل إلى أرض آخر فنبت فيه فهل يجبر صاحب الطعام على القلع مجاناً؟ فيه وجهان: أحدهما لا يجبر لأنه غير مفرط في إنباته، والثاني يجبر وهو الصحيح لأنه شغل ملك غيره بملكه من غير إذن فأجبر على إزالته كما لو كان في داره شجرة فانتشرت أغصانها في هواء دار غيره.

فصل: وإن أعاره أرضاً للزراعة فزرعها ثم رجع في العارية **قبل أن يدرك الزرع** وطالبه بالقلع ففيه وجهان: أحدهما أنه كالغراس في التبقية والقلع والأرش، والثاني أنه يجبر المعير على التبقية إلى الحصاد بأجرة المثل لأن للزرع وقتاً ينتهي إليه، فلو أجبرنا على التبقية عطلنا عليه أرضه.

فصل: وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أجذاعاً فوضعها لم يملك إجباره على قلعها لأنها تراد للبقاء فلا يجبر على قلعها كالغراس، وإن ضمن المعير قيمة الأجذاع ليأخذها لم يجبر المستعير على قبولها، لأن أحد طرفيها في ملكه، فلم يجبر على أخذ قيمته، وإن تلفت **الأجذاع** وأراد أن يعيد مثلها على الحائط فلم يجز أن يعيد إلا بإذن، لأن الإذن تناول الأول دون غيره، فإن انهدم الحائط وبناه بتلك الآلة لم يجز أن يضع الأجذاع على الثاني لأن الإذن تناول الأول، ومن أصحابنا من قال يجوز لأن الإعارة اقتضت التأبيد والمذهب الأول.

قوله: **(للتفرج والاستراحة)** أصل الفرج الخروج من الضيق والشدة إلى السعة. والاستراحة إدخال الروح على النفس وهو السرور من قوله تعالى: ﴿فروح وريحان﴾[الواقعة: ٨٩] قوله: **(قبل أن يدرك الزرع)** معناه قبل أن يستحصد ويمكن أخذه يقال أدركت الثمرة والزرع إذا بلغ وأصل الإدراك اللحوق الشيء وقوله تعالى: ﴿اداركوا فيها جميعاً﴾[الأعراف: ٣٨] أي لحق بعضهم بعضاً قوله: **(الأجذاع)** هي الخشب العظام التي للبناء.

فصل: وإن وجدت أجذاع على الحائط ولم يعرف سببها ثم تلفت جاز إعادة مثلها لأن الظاهر أنها بحث ثابت.

فصل: إذا استعار من رجل عبداً ليرهنه فأعاره، ففيه قولان: أحدهما أنه ضمان وإن المالك للرهن ضمن الدين عن الراهن في رقبة عبده لأن العارية ما يستحق به منفعة العين، والمنفعة ههنا للمالك فدل على أنه ضمان، والثاني أنه عارية لأنه استعاره ليقضي به حاجته فهو كسائر العواري. فإن قلنا إنه ضمان لم يصح حتى يتعين جنس الدين وقدره ومحله لأنه ضمان فاعتبر فيه العلم بذلك، وإن قلنا إنه عارية لم يفتقر إلى ذلك لأنه عارية فلا يعتبر فيه العلم، فإن عين له جنساً وقدراً ومحلاً تعين على القولين لأن الضمان والعارية يتعينان بالتعيين فإن خالفه في الجنس لم يصح لأنه عقد على ما لم يأذن له فيه، وإن خالفه في المحل بأن أذن له في دين مؤجل فرهنه بدين حال لم يصح لأنه قد لا يجد ما يفك به الرهن في الحال، وإن أذن له في دين حال فرهنه بدين مؤجل لم يصح لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل فإن خالفه في القدر بأن أذن له في الرهن بعشرة فرهن بما دونها جاز لأن من رضي أن يقضي عن غيره عشرة رضي أن يقضي ما دونه، وإن رهنه بخمسة عشر لم يصح لأن من رضي بقضاء عشرة لم يرض بما زاد.

فصل: وإن رهن العبد بإذنه بدين حال جاز للسيد مطالبته بالفكاك على القولين في الحال لأن للمعير أن يرجع في العارية، وللضامن أن يطالب بتخليصه من الضمان، فإن رهنه بدين مؤجل بإذنه، فإن قلنا إنه عارية جاز له المطالبة بالفكاك لأن للمعير أن يرجع متى شاء، وإن قلنا إنه ضمان لم يطالب قبل المحل لأن الضامن إلى أجل لا يملك المطالبة قبل المحل.

فصل: وإن بيع في الدين فإن قلنا إنه عارية رجع السيد على الراهن بقيمته لأن العارية تضمن بقيمتها، وإن قلنا إنه ضمان رجع بما بيع سواء بيع بقدر قيمته أو بأقل أو بأكثر لأن الضامن يرجع بما غرم ولم يغرم إلا ما بيع به.

فصل: وإن تلف العبد، فإن قلنا إنه عارية ضمن قيمته لأن العارية مضمونة بالقيمة، وإن قلنا إنه ضمان لم يضمن شيئاً لأنه لم يغرم شيئاً.

فصل: وإن استعار رجل من رجلين عبداً فرهنه عند رجل بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما من الرهن ففيه قولان: أحدهما لا تخرج لأنه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا ينفك بعضه دون بعض، والثاني يخرج نصفه لأنه لم يأذن كل واحد منهما إلا في رهن نصيبه بخمسين فلا يصير رهناً بأكثر منه.

. . . .

فصل: إذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال المالك أكريتها فعليك الأجرة، وقال الراكب بل أعرتنيها فلا أجرة لك فقد قال في العارية القول قول الراكب، وقال في المزارعة إذا دفع أرضه إلى رجل فزرعها ثم اختلفا فقال المالك أكريتكها وقال الزارع بل أعرتنيها فالقول قول المالك، فمن أصحابنا من حمل **المسألتين** على ظاهرهما فقال في الدابة القول قول الراكب، وقال في الأرض القول قول المالك، لأن العادة أن الدواب تعار فالظاهر فيها مع الراكب والعادة في الأرض أنها تكرى ولا تعار فالظاهر فيها مع المالك، ومنهم من نقل الجواب في كل واحدة منهما الأخرى وجعلهما على قولين وهو اختيار المزني: أحدهما أن القول قول المالك لأن المنافع كالأعيان في الملك والعقد عليها، ثم لو اختلفا في عين فقال المالك بعتكها وقال الآخر بل وهبتنيها كان القول قول المالك، فكذلك إذا اختلفا في المنافع. والثاني أن القول قول المتصرف لأن المالك أقر بالمنافع له ومن أقر لغيره بملك ثم ادعى عليه عوضاً لم يقبل قوله فإن قلنا إن القول قول المالك حلف ووجبت له الأجرة، وفي قدر الأجرة وجهان: أحدهما يجب المسمى لأنه قبل قوله فيها وحلف عليها، والثاني أنه تجب أجرة المثل وهو المنصوص لأنهما لو اتفقا على الأجرة واختلفا في قدرها وجبت أجرة المثل فلأن تجب أجرة المثل وقد اختلفا في الأجرة أولى، فإن نكل عن اليمين لم يرد على المتصرف، لأن اليمين إنما ترد ليستحق بها حق، والمتصرف لا يدعي حقاً فلم ترد عليه، وإن قلنا إن القول قول المتصرف حلف وبريء من الأجرة، فإن نكل رد اليمين على المالك، فإذا حلف استحق المسمى وجهاً واحداً لأن يمينه بعد النكول كالبينة في أحد القولين وكالإقرار في الآخر، وأيهما كان وجب المسمى، وإن تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا، فإن قلنا إن القول قول المالك حكم له بالأجرة، وإن قلنا القول قول الراكب فهل يلزمه أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة؟ فيه وجهان: أحدهما يلزمه لاتفاقهما على استحقاقه، والثاني لا يحكم له بشيء لأنه لا يدعي القيمة ولا يستحق الأجرة.

فصل: وإن قال المالك غصبتنيها فعليك الأجرة وقال المتصرف بل أعرتنيها فلا أجرة علي فإن المزني نقل أن القول قول المستعير، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال المسألة على طريقين كما ذكرنا في المسألة قبلها، أحدهما الفرق بين الأرض والدابة، والثاني أنهما على قولين لأن الخلاف في المسألتين جميعاً في وجوب الأجرة، والمالك يدعي وجوبها والمتصرف ينكر فيجب أن لا يختلفا في الطريقين، ومنهم من قال إن القول قول المالك وما نقل المزني غلط لأن في تلك المسألة أقر المالك للمتصرف بملك

. . . .

المنافع فلا يقبل قوله في دعوى العوض، وههنا اختلفا أن الملك للمالك أو للمصترف والأصل أنها للمالك.

فصل: وإن اختلفا فقال المالك أعرتكها وقال الراكب أجرتنيها فالقول قول المالك، لأنهما اتفقا أن الملك له واختلفا في صفة انتقال اليد فكان القول قول المالك، فإن كانت العين باقية حلف وأخذ، وإن كانت تالفة نظرت، فإن لم تمض مدة لمثلها أجرة حلف واستحق القيمة، وإن مضت مدة لمثلها أجرة فالمالك يدعي القيمة والراكب بقوله بالأجرة، فإن كانت القيمة أكثر من الأجرة لم يستحق شيئاً حتى يحلف، وإن كانت القيمة مثل الأجرة أو أقل منها ففيه وجهان: أحدهما يستحق من غير يمين لأنهما متفقان على استحقاقه، والثاني لا يستحق من غير يمين لأنه أسقط حقه من الأجرة وهو يدعي القيمة بحكم العارية والراكب منكر فلم يستحق من غير يمين.

فصل: وإن اختلفا فقال المالك غصبتنيها فعليك ضمانها وأجرة مثلها، وقال الراكب بل أجرتنيها فلا يلزمني ضمانها ولا أجرة مثلها، فالقول قول المالك مع يمينه لأن الأصل أنه ما أجره، فإن اختلفا وقد تلفت العين حلف واستحق القيمة، وإن بقيت في يد الراكب مدة ثم اختلفا فإن المالك يدعي أجرة المثل والراكب يقر بالمسمى فإن كانت أجرة المثل أكثر من المسمى لم يستحق الزيادة حتى يحلف، وإن لم تكن أكثر استحق من غير يمين لأنهما متفقان على استحقاقه والله أعلم.

....

كتاب الغصب

الغصب محرم لما روى أبو بكرة قال: خطبنا رسول الله ﷺ فقال: «**إنّ دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا** في شهركم هذا في بلدكم هذا» وروى أبو حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل لامرئ أن يأخذ مال أخيه بغير طيب نفسهُ منه».

فصل: ومن غصب ماله غيره وهو من أهل الضمان في حقه ضمنه لما روى سمرة أن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[(١)].

فصل: فإن كان له منفعة تستباح بالإجارة فأقام في يده مدة لمثلها أجرة ضمن الأجرة، لأنه يطلب بدلها بعقد المغابنة فضمن بالغصب كالأعيان.

فصل: فإن كان المغصوب باقياً لزمه رده لما روى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا يأخذ أحدكم متاع أخيه **لاعباً أو جاداً** إذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها»[(٢)] فإن اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين الرد لم يلزمه ضمان ما نقص من قيمته، وقال أبو ثور من أصحابنا: يضمن كما يضمن زيادة العين وهذا خطأ لأن الغاصب يضمن ما غصب، والقيمة لا تدخل في الغصب لأنه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين، وإنما حقه في العين والعين باقية كما كانت فلم يلزمه شيء.

فصل: وإن تلف في يد الغاصب أو أتلفه لم يخل إما أن يكون له مثل أو لا مثل له، فإن لم يكن له مثل نظرت، فإن كان من غير جنس الأثمان كالثياب والحيوان ضمنه بالقيمة لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد فإن

ومن كتاب الغصب

الغصب أخذ الشيء ظلماً يقال غصبه منه وغصبه عليه بمعنى قوله: (**إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام**) أراد أن أموال بعضكم حرام على بعض وليس على ظاهره قوله: (**كحرمة يومكم هذا**) قد ذكرنا أن الحرمة ما يحل انتهاكه في شهركم هذا يعني شهر ذي الحجة في يومكم هذا يعني يوم عرفة لأنه قال ذلك في حجة الوداع في بلدكم هذا يعني مكة والحرم. قوله: (**لاعباً أو جاداً**) أي لاعباً في مذهب السرقة جاداً في إدخال الأذى على أخيه. قال أبو عبيد يعني أن يأخذ متاعه، لا يريد سرقته وإنما يريد إدخال الغيظ عليه، والروع له وهذا مثل حديثه لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً. والجد ضد الهزل يقال جد في الأمر يجد جداً بالكسر والجد الاجتهاد في الأمور. ويقال أجد أيضاً. وذكر العصا لأنها شيء تافه، أراد

---

(١) رواه الترمذي في كتاب البيوع باب ٣٩. ابن ماجه في كتاب الصدقات باب ٥. أحمد في مسنده (٥/ ٨، ١٢).

(٢) رواه الترمذي في كتاب الفتن باب ٣. أبو داود في كتاب الأدب باب ٨٥. أحمد في مسنده (٤/ ٢٢١).

كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه، **وأعطى شركاءه حصصهم**، وعتق عليه العبد»[1] وإلا فقد عتق عليه ما عتق فأوجب القيمة في العبد بالإتلاف بالعتق، ولأن إيجاب مثله من جهة الخلقة لا يمكن لاختلاف الجنس الواحد في القيمة، فكانت القيمة أقرب إلى إيفاء حقه، وإن اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين التلف ضمنها بأكثر ما كانت لأنه غاصب في الحال التي زادت فيها قيمته، فلزمه ضمان قيمته فيها كالحالة التي غصبه فيها وتجب القيمة من نقد البلد الذي تلفت العين فيه لأنه موضع الضمان فوجبت القيمة من نقده وإن كان من جنس الأثمان نظرت؛ فإن لم يكن فيه صنعة كالسبيكة والنقرة فإن كان نقد البلد من غير جنسه أو من جنسه ولكن لا تزيد قيمته على وزنه ضمن بالقيمة لأن تضمينه بالقيمة لا يؤدي إلى الربا فضمن بالقيمة كما قلنا في غير الأثمان، وإن كان نقد البلد من جنسه وإذا قوم به زادت قيمته على وزنه، قوم بجنس آخر حتى لا يؤدي إلى الربا، وإن كانت فيه صنعته نظرت، فإن كانت صنعة محرمة ضمن كما تضمن **السبيكة والنقرة**، لأن الصنعة لا قيمة لها فكان وجودها كعدمها، وإن كانت صنعة مباحة، فإن كان النقد من غير جنسه أو من جنسه ولكنه لا تزيد قيمته على وزنه، ضمنه بقيمته لأنه لا يؤدي إلى الربا، وإن كان النقد من جنسه ونوعه وتزيد قيمته على وزنه ففيه وجهان: أحدهما يقوم بجنس آخر حتى لا يؤدي إلى الربا، والثاني أنه يضمنه بقيمته من جنسه بالغة ما بلغت وهو الصحيح، لأن الزيادة على الوزن في مقابلة الصنعة فلا تؤدي إلى الربا، وإن كان مخلوطاً من الذهب والفضة قومه بما شاء منهما.

فصل: وإن كان مما له مثل كالحبوب والأدهان ضمن بالمثل لأن إيجاب المثل رجوع إلى المشاهدة والقطع، وإيجاب القيمة رجوع إلى الاجتهاد والظن فإذا أمكن الرجوع إلى القطع لم يرجع إلى الاجتهاد كما لا يجوز الرجوع إلى القياس مع النص، وإن غصب ما له مثل واتخذ منه ما لا مثل له كالتمر إذا اتخذ منه الخل بالماء أو الحنطة

فليردها ولا يستحل أخذها مع احتقارها قوله: (**أعطى شركاءه حصصهم**) هو جمع حصة وهو النصيب يقال حصصت الرجل أعطيته نصيبه وتحلص القوم يتحاصون إذا اقتسموا أحصاصاً وكذا المحاصة قوله: (**السبيكة والنقرة**) يقال سبكت الفضة أسبكها بالكسر سبكاً أذبتها. والسبيكة الفضة فعيلة من السبك والجمع سبائك والنقرة أيضاً هي السبيكة كذا قال الجوهري. وقيل هي الفضة الخالصة تخرج من المعدن فتخلص.

---

(١) رواه البخاري في كتاب الشركة باب ٥، ١٤. مسلم في كتاب العتق حديث ١. أبو داود في كتاب العتاق باب ٦. الترمذي في كتاب الأحكام باب ١٤. النسائي في كتاب البيوع باب ١٠٥. أحمد في مسنده (٥٦/١).

إذا جعلها دقيقاً وقلنا إنه لا مثل له ثم تلف لزمه مثل الأصل، لأن المثل أقرب إلى المغصوب من القيمة. وإن غصب مالاً مثل له واتخذ منه ماله مثل كالرطب إذا جعله تمراً ثم تلف لزمه مثل التمر لأن المثل أقرب إليه من قيمة الأصل. وإن غصب ماله مثل واتخذ منه ماله مثل كالسمسم إذا عصر منه الشيرج ثم تلف بالمغصوب منه فهو بالخيار، إن شاء رجع عليه بمثل السمسم وإن شاء رجع عليه بمثل الدهن، لأنه قد ثبت ملكه على كل واحد من المثلين فرجع بما شاء منهما، وإن وجب المثل فأعوز، فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال تجب قيمته وقت المحاكمة لأن الواجب هو المثل وإنما القيمة تجب بالحكم فاعتبرت وقت الحكم، ومنهم من قال تعتبر قيمته أكثر ما كانت من حيث النصب إلى حين تعذر المثل كما تعتبر قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، ومنهم من قال تضمن قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى وقت الحكم، لأن الواجب في الذمة هو المثل إلى وقت الحكم كما أن الواجب في المغصوب رد العين إلى وقت التلف ثم يغرم قيمة الغصوب أكثر ما كانت من حيث الغصب إلى حين التلف، فيجب أن يعتبر في المثل أكثر ما كانت قيمته إلى وقت الحكم، ومنهم من قال: إن كان ذلك مما يكون في وقت وينقطع في وقت كالعصير وجبت قيمته وقت الانقطاع لأنه بالانقطاع يسقط المثل وتجب القيمة، وإن كان مما لا ينقطع عن أيدي الناس، وإنما يتعذر في موضع وجبت قيمته وقت الحكم لأنه لا ينتقل إلى القيمة إلا بالحكم وإن وجد المثل بأكثر من ثمن المثل احتمل وجهين: أحدهما لا يلزمه المثل لأن وجود الشيء بأكثر من ثمن المثل كعدمه كما قلنا في الماء في الوضوء والرقبة في الكفارة، والثاني يلزمه لأن المثل كالعين ولو احتاج في رد العين إلى أضعاف ثمنه لزمه فكذلك المثل.

فصل: وإن ذهب المغصوب من اليد وتعذر رده بأن كان عبداً فأبق أو بيهمة فضلت كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة لأنه حيل بينه وبين ماله فوجب له البدل كما لو تلف، وإذا قبض البدل ملكه لأنه بدل ماله فملكه كبدل التالف ولا يملك الغاصب المغصوب لأنه لا يصح تملكه بالبيع فلا يملك بالتضمن كالتالف فإن رجع المغصوب وجب رده على المالك، وهل يلزم الغاصب الأجرة من حين دفع القيمة إلى أن يرده فيه وجهان: أحدهما لا تلزمه لأن المغصوب منه ملك بدل العين فلا يستحق أجرته، والثاني تلزمه لأنه تلفت عليه منافع ماله بسبب كان في يد الغاصب فلزمه ضمانها كما لو لم يدفع القيمة، وإذا رد المغصوب وجب على المغصوب منه رد البدل لأنه ملكه بالحيلولة وقد زالت الحيلولة فوجب الرد، وإن زاد البدل في يده نظرت؛ فإن كانت الزيادة متصلة كالسمن

. . . .

وجب الرد مع الزيادة لأن الزيادة المتصلة تتبع الأصل في الفسخ بالعيب وهذا فسخ وإن كانت زيادة منفصلة كالولد واللبن لم ترد الزيادة كما لا ترد في الفسخ بالعيب.

فصل: فإن نقص المغصوب نقصاناً تنقص به القيمة نظرت، فإن كان في غير الرقيق لم يخل إما أن يكون نقصاناً مستقراً أو غير مستقر، فإن كان مستقراً بأن كان ثوباً فتخرق أو إناء فانكسر أو شاة فذبحت أو طعاماً فطحن ونقصت قيمته رده ورد معه أرش ما نقص لأنه نقصان عين في يد الغاصب نقصت به القيمة فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب، فإن ترك المغصوب منه المغصوب على الغاصب وطالبه ببدله لم يكن له ذلك ومن أصحابنا من قال في الطعام إذا طحنه أن له أن يتركه ويطالبه بمثل طعامه لأن مثله أقرب إلى حقه من الدقيق والمذهب الأول لأن عين ماله باقية فلا يملك المطالبة ببدله كالثوب إذا تخرق والشاة إذا ذبحت، وإن كان نقصاناً غير مستقر كطعام ابتل وخيف عليه الفساد فقد قال في الأم: للمغصوب منه مثل مكيلته. وقال الربيع: فيه قول آخر أنه يأخذه وأرش النقص، فمن أصحابنا من قال هو على قولين: أحدهما يأخذه وأرش النقص كالثوب إذا تخرق، والثاني أنه يأخذ مثل مكيلته لأنه يتزايد فساده إلى أن يتلف فصار كالمستهلك، ومنهم من قال يأخذ مثل مكيلته قولاً واحداً ولا يثبت ما قاله الربيع، وإن كان في الرقيق نظرت، فإن لم يكن له أرش مقدر كإذهاب البكارة والجنايات التي ليس لها أرش مقدر رده وأرش ما نقص لأنه نقصان ليس فيه أرض مقدر فضمن بما نقص كالثوب إذا تخرق وإن كان له أرش مقدر كذهاب اليد نظرت، فإن كان ذهب من غير جناية رده وما نقص من قيمته، ومن أصحابنا من قال: يرده وما يجب بالجناية والمذهب الأول لأن ضمان اليد ضمان المال ولهذا لا يجب فيه القصاص ولا تتعلق به الكفارة في النفس فلم يجب فيه أرض مدر، وإن ذهب بجناية بأن عصبه ثم قطع يده، فإن قلنا إن ضمانه باليد كضمانه بالجناية وجب عليه نصف القيمة وقت الجناية لأن اليد في الجناية تضمن بنصف بدل النفس، وإن قلنا إن ضمانه ضمان المال وجب عليه أكثر الأمرين من نصف القيمة أو ما نقص من قيمته لأنه وجد اليد والجناية فوجب أكثرهما ضماناً، وإن عصب عبداً يساوي مائة ثم زادت قيمته فصار يساوي ألفاً، ثم قطع يده لزمه خمسمائة لأن زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع اليد فوت عليه نصفه فضمنه بزيادة السوق.

فصل: وإن نقصت العين ولم تنقص القيمة نظرت، فإن كان ما نقص من العين له بدل مقدر فنقص ولم تنقص القيمة مثل أن غصب عبداً **فقطع أنثييه** ولم تنقص قيمته أو

قوله: **(قطع أنثييه)** أي خصيتيه لا تستعمل مفردة وخصتا بالتسمية بذلك لمضادتهما الذكر حين سمي بذلك.

غصب صاعاً من زيت فأغلاه فنقص نصفه ولم تنقص قيمته لزمه في الأنثيين قيمته العبد، وفي الزيت نصف صاع لأن الواجب في الأنثيين مقدر بالقيمة والواجب في الزيت مقدر بما نقص من الكيل، فلزمه ما يقدر به، وإن كان ما نقص لا يضمن إلا بما نقص من القيمة فنقص ولم تنقص القيمة كالسمن المفرط إذا نقص ولم تنقص القيمة لم يلزمه شيء لأن السمن يضمن بما نقص من القيمة، ولم ينقص من القيمة شيء فلم يلزمه شيء، واختلف أصحابنا فيمن عصب صاعاً من عصير فأغلاه ونقص نصفه ولم تنقص قيمته فقال أبو علي الطبري: يلزمه نصف صاع كما قلنا في الزيت، وقال أبو العباس لا يلزمه شيء لأن نقص العصير باستهلاك مائه ورطوبته لا قيمة لها وأما حلاوته فيه باقية لم تنقص ونقصان الزيت باستهلاك أجزائه ولأجزائه قيمة فضمنها بمثلها.

فصل: وإن تلف بعض العين ونقصت قيمة الباقي بأن غصب ثوباً تنقص قيمته بالقطع فشقه بنصفين ثم تلف أحد النصفين لزمه قيمة التالف وهو قيمة نصف الثوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، ورد الباقي وأرش ما نقص لأنه نقص حدث بسبب تعدي به فضمنه، فإن كان لرجل خفان قيمتهما عشرة فأتلف رجل أحدهما فصار قيمته الباقي درهمين، ففيه وجهان: أحدهما يلزمه درهمان لأن الذي أتلفه قيمته درهمان، والثاني تلزمه ثمانية وهو المذهب لأنه ضمن أحدهما بالإتلاف ونقص قيمة الآخر بسبب التعدي به فلزمه ضمانه.

فصل: فإن غصب ثوباً فلبسه وأبلاه ففيه وجهان: أحدهما يلزمه أكثر الأمرين من الأجرة أو أرش ما نقص لأن ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجرة، ولهذا لا يضمن المستأجر أرض الأجزاء، والثاني تلزمه الأجرة وأرش ما نقص لأن الأجرة بدل للمنافع والأرش بدل الأجزاء، فلم يدخل أحدهما في الآخر كالأجرة وأرش ما نقص من السمن.

فصل: وإن نقصت العين ثم زال النقص بأن كانت جارية سمينة فهزلت ونقصت قيمتها ثم سمنت وعادت قيمتها ففيه وجهان: أحدهما يسقط عنه الضمان وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة، لأنه زال ما أوجب الضمان كما لو جني علي عين فابيضت ثم زال البياض، والثاني أنه لا يسقط وهو قول أبي سعيد الاصطخري لأن السمن الثاني غير الأول فلا يسقط به ما وجب بالأول، وإن **سمنت ثم هزلت** ثم سمنت ثم هزلت ضمن أكثر السمنين قيمة في قول أبي علي ابن أبي هريرة، لأنه بعود السمن يسقط ما في مقابلته من الأرش، ويضمن السمنين في قول أبي سعيد لأن السمن الثاني غير الأول فلزمه ضمانهما.

قوله: **(سمنت ثم هزلت)** هزلت بضم الهاء وكسر الزاي على ما لم يسم فاعله تهزل

فصل: وإن غصب عبداً فجنى على إنسان في يد الغاصب لزم الغاصب ما يستوفي في جنايته، فإن كانت الجناية على النفس فأقيد به ضمن الغاصب قيمته لأنه تلف بسبب كان في يده، فإن كان في الطرف فأقيد منه ضمن، وفي الذي يضمن وجهان: أحدهما أرش العضو في الجناية، والثاني ما نقص من قيمته لأنه ضمان وجب باليد لا الجناية لأن القطع في القصاص ليس بجناية وقد بينا الوجهين فيما تقدم، فإن عفى عن القصاص على مال لزم الغاصب أي يفديه لأنه حق تعلق برقبته في يده فلزمه تخليصه منه.

فصل: وإذا زاد المغصوب في يد الغاصب بأن كانت شجرة فأثمرت أو جارية فسمنت أو ولدت ولداً مملوكاً ثم تلف ضمن ذلك كله، لأنه مال للمغصوب منه حصل في يده بالغصب فضمنه بالتلف كالعين المغصوبة، وإن ألقت الجارية الولد ميتاً ففيه وجهان: أحدهما أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع كما لو كان حياً وهو ظاهر النص لأنه غصبه بغصب الأم فضمنه بالتلف كالأم، والثاني أنه لا يضمنه وهو قول أبي إسحاق لأنه إنما يقوم حال الحيلولة بينه وبين المالك، وهو حال الوضع ولا قيمة له في تلك الحال فلم يضمن وحمل النص عليه إذا ألقته حياً ثم مات.

فصل: وإن غصب دراهم فاشترى سلعة في الذمة ونقد الدراهم في ثمنها وربح ففي الربح قولان: قال في القديم هو للمغصوب منه لأنه نماء ملكه فصار كالثمرة والولد، فعلى هذا يضمنه الغاصب إذا تلف في يده كالثمرة والولد، وقال في الجديد هو للغاصب لأنه بدل ماله فكان له.

فصل: وإن غصب عبداً فاصطاد صيداً فالصيد لمولاه، لأن يد العبد كيد المولى فكان صيده كصيده. وهل تلزم الغاصب أجرة العبد للمدة التي اصطاد فيها؟ فيه وجهان: أحدهما تلزمه لأنه أتلف عليه منافعه، والثاني لا تلزمه لأن منافعه صارت إلى المولى وإن غصب جارحة كالفهد والبازي فاصطاد بها صيداً ففي صيده وجهان: أحدهما أنه للغاصب لأنه هو المرسل والجارحة آلة فكان الصيد كما لو غصب قوساً فاصطاد بها وعليه أجرة الجارحة، لأنه أتلف على صاحبها منافعها، والثاني أن الصيد للمغصوب منه لأنه كسب ماله فكان له كصيد العبد، فعلى هذا في أجرته وجهان على ما ذكرناه في العبد.

فصل: وإن غصب عيناً **فاستحالت** عنده بأن كان بيضاً فصار فرخاً، أو كان حباً

ولا يقال بالفتح قوله: **(حال الحيلولة)** قال البصريون وزنه فيعولة. وقال الكوفيون وسواهم وزنه فعلولة بلام فيه، مصدر من حال يحول بينه وبين الشيء. مثل القيلولة من قال يقيل. والبيتوتة من بات يبيت، مصدر جاء على غير القياس قوله: **(فاستحالت)** أي انقلبت عن حالها التي كانت عليها وكذلك حالت.

فصار زرعاً، أو كان زرعاً فصار حباً فللمغصوب منه أن يرجع به لأنه عين ماله، فإن نقصت قيمته بالاستحالة رجع بأرش النقص لأنه حدث في يده. وإن غصب عصيراً فصار خمراً ضمن العصير بمثله، لأنه بانقلابه خمراً سقطت قيمته فصار كما لو غصب حيواناً فمات، فإن صار الخمر خلاً رده، وهل يلزمه ضمان العصير مع رد الخل؟ فيه وجهان: أحدهما يلزمه لأن الخل غير العصير فلا يسقط برد الخل ضمان ما وجب بهلاك العصير، والثاني لا يلزمه لأن الخل عين العصير فلا يلزمه مع ردها ضمان العصير فعلى هذا إن كانت قيمة الخل دون قيمة العصير رد مع الخل أرش النقص.

فصل: وإن غصب شيئاً فعمل فيه عملاً زادت به قيمته بأن كان ثوباً فقصره أو قطناً فغزله أو غزلاً فنسجه أو ذهباً فصاغه حلياً أو خشباً فعمل منه باباً رده على المالك لأنه عين ماله، ولا يشارك الغاصب فيه ببدل عمله لأنه عمل تبرع به في ملك غيره فلم يشاركه ببدله.

فصل: وإن غصب شيئاً فخلطه بما لا يتميز منه من جنسه بأن غصب صاعاً من زيت فخلطه بصاع من زيته أو صاعاً من الطعام فخلطه بصاع من طعامه نظرت؛ فإن خلطه بمثله في القيمة فله أن يدفع إليه صاعاً منه لأنه تعذر بالاختلاط عين ماله فجاز أن يدفع إليه البعض من مثله، وإن أراد أن يدفع إليه مثله من غيره وطلب المغصوب منه مثله منه ففيه وجهان: أحدهما وهو المنصوص أن الخيار إلى الغصب لأنه لا يقدر على رد عين ماله فجاز أن يدفع إليه مثله كما لو هلك، والثاني وهو قول أبي إسحاق وأبي علي ابن أبي هريرة، أنه يلزمه أن يدفع إليه صاعاً منه، لأنه يقدر أن يدفع إليه بعض ماله، فلا ينتقل إلى البدل في الجميع كما لو غصب صاعاً فتلف بعضه، وإن خلطه بأجود منه فإن بذل الغاصب صاعاً منه لزم المغصوب منه قبوله لأنه دفع إليه بعض ماله وبعض مثله خيراً منه، وإن بذل مثله من غيره وطلب المغصوب منه صاعاً منه ففيه وجهان: أحدهما وهو المنصوص في الغصب أن الخيار إلى الغاصب لأنه تعذر رد المغصوب بالاختلاط فقبل منه المثل، والثاني أنه يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما وهو المنصوص في التفليس لأنا إذا فعلنا ذلك أوصلنا كل واحد منهما إلى عين ماله، وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يلزم الرجوع إلى البدل، فإن كان ما يخص المغصوب منه من الثمن أقل من قيمة ماله استوفى قيمة صاعه ودخل النقص على الغاصب، لأنه نقص بفعله فلزمه ضمانه وعلى هذا الوجه إن طلب المغصوب منه أن يدفع إليه من الزيت المختلط بقدر قيمة ماله ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز وهو قول أبي إسحاق لأنه يأخذ بعض صاع عن

. . . .

صاع وذلك ربا، والثاني أنه يجوز لأن الربا إنما يكون في البيع وليس ههنا بيع، وإنما يأخذ هو بعض حقه ويترك بعضه كرجل له على رجل درهم فأخذ بعضه وترك البعض.

فصل: وإن خلطه بما دونه فإن طلب المغصوب منه صاعاً منه وامتنع الغاصب أجبر على الدفع لأنه رضي بأخذ حقه ناقصاً، وإن طلب مثله من غيره وامتنع الغاصب أجبر على دفع مثله لأن المخلوط دون حقه فلا يلزمه أخذه، ومن أصحابنا من قال يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ليصل كل واحد منهما إلى عين ماله وإن نقص ما يخصه من الثمن عن قيمته ضمن الغاصب تمام القيمة لأنه نقص بفعله.

فصل: وإن غصب شيئاً فخلطه بغير جنسه أو نوعه، فإن أمكن تمييزه كالحنطة إذا اختلطت بالشعير، أو الحنطة البيضاء إذا اختلطت بالحنطة السمراء، لزمه تمييزه ورده لأنه يمكن رد العين فلزمه، وإن لم يمكن تمييزه كالزيت إذا خلطه بالشيرج لزمه صاع من مثله، لأنه تعذر رد العين بالاختلاط فعدل إلى مثله، ومن أصحابنا من قال يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ليصل كل واحد منهما إلى عين ماله كما قلنا في القسم قبله.

فصل: وإن غصب دقيقاً فخلطه بدقيق له ففيه وجهان: أحدهما أن الدقيق له مثل وهو قول أبي العباس وظاهر النص لأن تفاوته في **النعومة** والخشونة ليس بأكثر من تفاوت الحنطة في صغر الحب وكبره، فعلى هذا يكون حكمه حكم الحنطة إذا خلطها بالحنطة وقد بيناه، والثاني أنه لا مثل له وهو قول أبي إسحاق لأنه يتفاوت في الخشونة والنعومة ولهذا لا يجوز بيع بعضه ببعض، فعلى هذا اختلف أصحابنا فيما يلزمه قيمته لأنه تعذر رده بالاختلاط ولا مثل له فوجبت القيمة، ومنهم من قال يصيران شريكين فيه فيباع ويقسم الثمن بينهما على ما ذكرناه في الزيت إذا خلطه بالشيرج.

فصل: وإن غصب أرضاً فغرس فيها غراساً أو بنى فيها بناءً فدعا صاحب الأرض إلى قلع الغراس ونقض البناء لزمه ذلك لما روى سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال: «ليس لعرق ظالم حق» فإن قلعه فقد قال في الغصب يلزمه أرش ما نقص من الأرض، وقال في البيع إذا قلع الأحجار المستودعة عليه تسوية الأرض ومن أصحابنا من جعلهما على قولين: أحدهما يلزمه أرش النقص لأنه نقص بفعل مضمون فلزمه أرش، والثاني يلزمه

قوله: **(النعومة)** هي ضد الخشونة وهي اللين والمبالغة في الطحن والدق حتى يصير ناعماً أي ليناً عند لمسه. يقال نعم الشيء بالضم نعومة ونعم بالكسر ينعم أيضاً. والخشن ضد اللين يقال دقيق خشن إذا لم يكن ناعماً ولم يبالغ في طحنه. وثوب خشن إذا كان غزله غليظاً.

تسوية الأرض لأن جبران النقص بالمثل أولى من جبرانه بالقيمة، ومنهم من قال يلزمه في الغصب أرش من نقص وفي البيع يلزمه تسوية الأرض، لأن الغاصب متعد فغلظ عليه بالأرش، لأنه أوفي والبائع غير متعد فلم يلزمه أكثر من التسوية، وإن كان الغراس لصاحب الأرض فطالبه بالقلع، فإن كان له غرض في قلعه أخذ **بقلعه** لأنه قد فوت عليه بالغراس غرضاً مقصوداً في الأرض فأخذ بإعادتها إلى ما كانت، وإن لم يكن له غرض ففيه وجهان: أحدهما لا يؤخذ بقلعه لأن قلعه من غير غرض **سفه وعبث**، والثاني يؤخذ به لأن المالك محكم في ملكه والغاصب غير محكم فوجب أن يؤخذ به.

فصل: وإن غصب أرضاً حفر فيها بئراً فطالبه صاحب الأرض بطمها لزمه طمها لأن التراب ملكه وقد نقله من موضعه فلزمه رده إلى موضعه، فإن أراد الغاصب **طمها** فامتنع صاحب الأرض أجبر، وقال المزني لا يجبر كما لو غصب غزلاً ونسجه لم يجبر المالك على نقضه وهذا غير صحيح، لأن له غرضاً في طمها وهو أن يسقط عنه ضمان من يقع فيها بخلاف نقض الغزل المنسوج، فإن أبرأه صاحب الأرض من ضمان من يقع فيها ففيه وجهان: أحدهما يصح الإبراء لأنه لما سقط الضمان عنه إذا أذن في حفرها سقط عنه إذا أبرأه منها، والثاني أنه لا يصح لأن الإبراء إنما يكون من واجب ولم يجب بعد شيء فلم يصح الإبراء.

فصل: إذا غصب ثوباً فصبغه بصبغ من عنده نظرت؛ فإن لم تزد قيمة الثوب والصبغ ولم تنقص بأن كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشر فصارت قيمة الثوب مصبوغاً عشرين صار شريكاً لصاحب الثوب بالصبغ لأن الصبغ عين مال له قيمة، فإن بيع الثوب كان الثمن بينهما نصفين، فإن زادت قيمتهما بأن صارت قيمة الثوب ثلاثين، حدثت الزيادة في ملكهما لأنه بفعله زاد ماله ومال غيره وما زاد في ماله يملكه لأنه حصل بعمل عمله بنفسه في ماله، فإن بيع الثوب قسم الثمن بينهما نصفين، وإن نقص قيمتهما بأن صار الثوب يساوي خمسة عشر حسب النقصان على الغاصب في صبغه لأنه بفعله حصل النقص، فإن بيع الثوب بخمسة عشر دفع إلى صاحب الثوب عشرة وإلى الغاصب خمسة، فإن صارت قيمة الثوب عشرة حسب النقص على الغاصب، فإن بيع الثوب بعشرة دفع العشرة كلها إلى صاحب الثوب لأنه إما أن يكون سقط بدل الصبغ بالاستهلاك أو نقص به قيمة الثوب فلزمه أن يجبر ما نقص من قيمة الثوب، فإن صارت قيمة الثوب

قوله: **(أخذ بقلعه)** أي أجبر بقلعه، ومنه أخذ الحاكم على يده أي منعه وأجبره قوله: **(سفه وعبث)** السفه التبذير وقد ذكر والعبث اللعب وقد عبث بالكسر يعبث عبثاً قوله: **(طمها)** أي دفنها، يقال جاء السيل فطم الركية أي دفنها وسواها.

ثمانية لم يستحق بصبغه شيئاً لأنه استهلكه في الثوب ويلزمه درهمان لأنه نقص بصبغه من قيمة الثوب درهمان.

فصل: إذا استهلك ثمن الصبغ لم يبق للغاصب في الثوب حق لأن ماله هو الصبغ وقد استهلكه، وإن بقي للصبغ ثمن فطلب الغاصب استخراجه أجيب إلى ذلك عين ماله فكان له أخذه كما لو غرس في أرض مغصوبة غراساً ثم أراد قلعه فإن نقص قيمة الثوب باستخراج الصبغ ضمن ما نقص لأنه حصل بسبب من جهته وإن طلب صاحب الثوب استخراج الصبغ وامتنع الغاصب ففيه وجهان: أحدهما لا يجبر وهو قول أبي العباس لأن الصبغ يهلك بالاستخراج ولا حاجة به إلى ذلك لأنه يمكنه أن يستوفي حقه بالبيع ولا يجوز أن يتلف مال الغير، والثاني يجبر وهو قول أبي إسحاق وأبي علي بن خيران لأنه عرق ظالم لا حق له فيه فأجبر على قلعه كالغراس في الأرض المغصوبة، وإن بذل المغصوب منه قيمة الصبغ ليتملكه وامتنع الغاصب لم يجبر على القبول لأنه إجبار على بيع ماله، وإن أراد صاحب الثوب البيع وامتنع الغاصب بيع لأنه ملك له فلا يملك الغاصب أن يمنعه من بيعه بتعديه، وإن أراد الغاصب البيع وامتنع صاحب الثوب ففيه وجهان: أحدهما يجبر ليصل لغاصب إلى ثمن صبغه كما يجبر الغاصب على البيع ليصل رب الثوب إلى ثمن ثوبه، والثاني لا يجبر لأنه متعد فلم يستحق بتعديه إزالة ملك رب الثوب عن ثوبه، وإن وهب الغاصب الصبغ من صاحب الثوب، ففيه وجهان: أحدهما يجبر على قبوله لأنه لا يتميز من العين فلزمه قبوله كقصارة الثوب، والثاني لا يجبر لأنه هبة عين فلا يجبر على قبولها.

فصل: فإن غصب **ساجاً** فأدخله في البناء أو خيطاً فخاط به شيئاً نظرت؛ فإن عفن الساج وبلي الخيط لم يؤخذ برده لأنه صار مستهلكاً فسقط رده ووجبت قيمته، وإن كان باقياً على جهته نظرت، فإن كان الساج في البناء والخيط في الثوب وجب نزعه ورده لأنه مغصوب يمكن رده فوجب رده كما لو لم يبن عليه ولم يخط به، وإن غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان، فإن كان مباح الدم كالمرتد والخنزير **والكلب العقور** وجب نزعه ورده لأنه لا حرمة له فكان كالثوب، وإن كان محرم الدم فإن كان مما لا يؤكل كالآدمي والبغل والحمار وخاف من نزعه الهلاك لم ينزع لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة المال، ولهذا يجوز أخذ مال الغير بغير إذنه لحفظ الحيوان، ولا يجوز أخذه لحفظ المال، فلا يجوز هتك حرمة الحيوان لحفظ المال وإن كان مما يؤكل ففيه قولان: أحدهما يجب رده لأنه

قوله: **(ساجاً)** الساج جنس من الشجر له خشب حسن، وعفن أي بلي ونخر قوله: **(الكلب العقور)** هو فعول من العقر وهو الجرح، فعول بمعنى فاعل للتكثير.

يمكن نزعه بسبب مباح فوجب رده كالساج، والثاني لا يجب لأن النبي ﷺ نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة.

فصل: وإن غصب لوحاً وأدخله في سفينة وخاف من نزعه الغرق، فإن كان فيها حيوان لم ينزع لما ذكرناه في الخيط، وإن كان المال لغاصب ففيه وجهان: أحدهما ينزع كما تنقض الدار لرد الساج، والثاني لا ينزع لأنه يمكن رده من غير إتلاف المال بأن تجر إلى الشط بخلاف الساج في البناء، وعلى هذا إن أراد المالك أن يطالب بالقيمة كان له ذلك لأنه حيل بينه وبين ماله فجاز له المطالبة بالبدل كما لو غصب منه عبداً فأبق، وإن اختلطت السفينة التي فيها اللوح بسفن للغاصب ففيه وجهان: أحدهما ينقض الجميع كما ينقض جميع السفينة والثاني لا ينقض ما لم تتعين لأنه إتلاف مال لم يتعين فيه التعدي.

فصل: وإن غصب جوهرة فبلعتها بهيمة له، فإن كانت البهيمة مما لا تؤكل ضمن قيمة الجوهرة لأنه تعذر ردها فضمن البدن، وإن كانت مما تؤكل ففيه وجهان بناء على القولين في الخيط الذي خيط به جرح ما يؤكل.

فصل: وإن غصب فصيلاً فأدخله إلى داره فكبر ولم يخرج من الباب نقض الباب لرد الفصيل كما ينقض البناء لرد الساج، وإن دخل الفصيل إلى داره من غير تفريط منه نقض الباب وعلى صاحب الفصيل ضمان ما يصلح به الباب، لأنه نقض لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الباب.

فصل: وإن غصب ديناراً وطرحه في محبرة كسرت المحبرة ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساج، وإن وقع في **المحبرة** من غير تفريط من صاحبها كسرت وعلى صاحب الدينار قيمة المحبرة لأنها كسرت لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب المحبرة.

فصل: وإن غصب عيناً وباعها وقبضها المشتري وتصرف فيها وتلفت عنده فللمالك أن يضمن الغاصب لأنه غصبها وله أن يضمن المشتري لأنه قبض ما يمكن له قبضه فصار كالغاصب، فإن ضمن الغاصب العين ضمنه قيمته أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلى أن تلف في يد المشتري لأنه من حين الغصب إلى حين التلف في ضمانه، وإن ضمن المشتري ضمنه أكثر ما كانت قيمته من حين قبض إلى أن تلف، لأنه لم يدخل في ضمانه قبل القبض فلا يضمن ما قبله، فإن بدأ فضمن المشتري نظرت؛ فإن كان عالماً بالغصب لم يرجع بما ضمنه على الغاصب لأنه غاصب تلف المغصوب عنده فاستقر الضمان عليه

قوله: (**المحبرة**) بالكسر وعاء الحبر الذي يكتب به وفتح الميم وضم الباء لغة أيضاً ذكره في ديوان الأدب قال الهروي: قال بعضهم سمي الحبر حبراً لتحسينه الخط وتزيينه إياه، وقيل لتأثيره المكان يكون فيه من الحبار وهو الأثر.

كالغاصب من المالك إذا تلف عنده، فإن لم يعلم نظرت فيما ضمن فإن التزم ضمانه بالعقد كبدل العين وما نقص منها لم يرجع به على الغاصب لأن الغاصب لم يغره بل دخل معه على أن يضمنه، وإن لم يتلزم ضمانه بالعقد نظرت، فإن لم يحصل له في مقابلته منفعة كقيمة الولد نقصان الجارية بالولادة رجع على الغاصب لأنه غره ودخل معه على أن لا يضمنه، وإن حصلت له في مقابلته منفعة كالأجرة والمهر وأرش البكارة ففيه قولان: أحدهما يرجع به لأنه غره ولم يدخل معه على أن يضمنه، والثاني لا يرجع به لأنه حصل له في مقابلته منفعة، وإن بدأ فضمن الغاصب فما لا يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرم رجع به الغاصب على المشتري وما يرجع به المشتري على الغاصب لا يرجع به لأنه لا فائدة في أن يرجع عليه ثم يرجع المشتري به عليه.

فصل: وإن غصب من رجل طعاماً فأطعمه رجلاً، فللمالك أن يضمن الغاصب لأنه غصبه، وله أن يضمن الآكل لأنه أكل ما لم يكن له أكله، فإن ضمن الآكل نظرت؛ فإن علم أنه مغصوب فأكله لم يرجع على الغاصب بما ضمن لأنه غاصب استهلك المغصوب فلم يرجع بما ضمنه، فإن أكل ولم يعلم أنه مغصوب ففيه قولان: أحدهما يرجع لأنه غره وأطعمه على أن لا يضمنه، والثاني لا يرجع لأنه حصل له منفعة فإن أطعمه المالك، فإن علم أنه له بريء الغاصب من الضمان لأنه استهلك ماله برضاه مع العلم به، وإن لم يعلم ففيه قولان: أحدهما يبرأ الغاصب لأنه عاد إلى يده فبريء الغاصب من الضمان كما أورده عليه، والثاني لا يبرأ لأنه إنما ضمن لأنه أزال يده وسلطانه عن المال وبالتقديم إليه ليأكله **لم تعد يده وسلطانه** لأنه لو أراد أن يأخذه لم يمكنه فلم يزل الضمان.

فصل: وإن غصب من رجل شيئاً ثم رهنه عنده أو أودعه أو آجره منه وتلف عنده، فإن علم أنه له بريء الغاصب من ضمانه لأنه أعاده إلى يده وسلطانه، وإن لم يعلم ففيه وجهان: أحدهما أنه يبرأ الغاصب من الضمان لأنه عاد إلى يده، والثاني لا يبرأ لأنه لم يعد إلى سلطانه وإنما عاد إليه على أنه أمانة عنده، وإن باعه منه بريء من الضمان علم أو لم يعلم لأن قبضه بابتياع وجب الضمان فبريء به الغاصب من الضمان.

فصل: وإن غصب شيئاً فرهنه المالك عند الغاصب لم يبرأ الغاصب، وقال المزني يبرأ لأنه أذن له في إمساكه فبريء من الضمان كما لو أودعه، والمذهب الأول لأن الرهن يجتمع مع الضمان وهو إذا رهنه شيئاً فتعدى فيه فلا ينافي الضمان.

فصل: وإن غصب حراً وحبسه ومات عنده لم يضمنه لأنه ليس بمال فلم يضمنه

قوله: **(لم تعد يده وسلطانه)** السلطان ههنا الملك والتصرف وفي غير هذا الحجة

باليد، وإن حبسه مدة لمثلها أجرة، فإن استوفى فيها منفعته لزمته الأجرة لأنه أتلف عليه ما يتقوم فلزمه الضمان كما لو أتلف عليه ماله أو قطع أطرافه، وإن لم يستوف منفعته ففيه وجهان: أحدهما تلزمه الأجرة لأن منفعته تضمن بالإجارة فضمنت بالغصب كمنفعة المال، والثاني لا تلزمه لأنها تلفت تحت يده فلا يضمنه الغاصب بالغصب كأطرافه وثياب بدنه.

فصل: وإن غصب كلباً فيه منفعة رده على صاحبه لأنه **يجوز اقتناؤه** للانتفاع به فلزمه رده، فإن حبسه مدة لمثلها أجرة فهل تلزمه الأجرة؟ فيه وجهان بناء على الوجهين في جواز إجارته.

فصل: وإن غصب خمراً نظرت، فإن غصبها من ذمي لزمه ردها عليه لأنه يقر على شربها فلزمه ردها عليه، وإن غصبها من مسلم ففيه وجهان: أحدهما يلزمه ردها عليه لأنه يجوز أن يطفئ بها نار أو يبل بها طيناً فوجب ردها عليه، والثاني لا يلزمه وهو الصحيح لما روي أن أبا طلحة رضي الله عنه سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خمراً، فأمره ﷺ أن يهرقها. فإن أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم ثمنه» ولأن ما حرم الانتفاع به لم يضمن ببدل كالميتة والدم فإن صار خلاً لزمه رده على صاحبه لأنه صار خلاً على حكم ملكه فلزمه رده إليه، فإن تلف ضمنه لأنه مال للمغصوب منه تلف في يد الغاصب فضمنه.

فصل: وإن غصب جلد ميتة لزمه رده، لأن له أن يتوصل إلى تطهيره بالدباغ فوجب رده عليه، فإن دبغه الغاصب ففيه وجهان: أحدهما يلزمه رده كالخمر إذا صار خلاً، والثاني لا يلزمه لأنه بفعله صار مالاً فلم يلزمه رده.

فصل: وإن فصل صليباً أو مزماراً لم يلزمه شيء لأن ما أزاله لا قيمة له، والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة: «إن الله تعالى حرم بيع الخمر وبيع الخنازير وبيع الأصنام وبيع الميتة»[1] فدل على أنه لا قيمة له وما لا قيمة له لا يضمن فإن كسره نظرت، فإن كان إذا فصله يصلح لمنفعة مباحة وإذا كسره لم

والوالي قوله: (**يجوز اقتناؤه**) اقتناء المال وغيره، اتخاذه وفي المثل لا تقتن من كلب شيئاً ولو جرواً والمقتني الذي يلزمه ولا يريد بيعه وقد ذكر، قوله: (**ذمي**) منسوب إلى الذمة وهي إعطاء الأمان قوله: (**وإن فصل صليباً**) هو فعيل من الصلب وهو الذي يتخذه النصارى على

---

(١) رواه البخاري في كتاب البيوع باب ١١٢. مسلم في كتاب المساقاة حديث ٧١. أبو داود في كتاب البيوع باب ٦٤. الترمذي في كتاب البيوع باب ٦٠. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ١١.

يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً لأنه أتلف بالكسر ما له قيمة فلزمه ضمانه، فإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه شيء لأنه لم يتلف ما له قيمة.

فصل: وإن فتح قفصاً عن طائر نظرت، فإن نفره حتى طار ضمنه لأن تنفير الطائر بسبب ملجيء إلى ذهابه فصار كما لو باشر إتلافه، وإن لم ينفره نظرت، فإن وقف ثم طار لم يضمنه لأنه وجد منه سبب **غير ملجيء**، ووجد من الطائر مباشرة والسبب إذا لم يكن ملجئاً واجتمع مع المباشرة سقط حكمه كما لو حفر بئراً فوقع فيها إنسان باختياره، فإن طار عقيب الفتح ففيه قولان: أحدهما لا يضمن لأنه طار باختياره فأشبه إذا وقف بعد الفتح ثم طار، والثاني يضمن لأن من **طبع الطائر** النفور ممن قرب منه فإذا طار عقيب الفتح كان طيرانه بنفوره منه فصار كما لو نفره.

فصل: وإن وقع طائر لغيره على جدار فرماه بحجر فطار لم يضمنه لأن رميه لم يكن سبباً لفواته لأنه قد كان ممتنعاً وفائتاً من قبل أن يرميه، فإن طار **في هواء داره** فرماه فأتلفه ضمنه لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره فصار كما لو رماه في غير داره.

فصل: وإن فتح زقاً فيه مائع فخرج ما فيه نظرت، فإن خرج في الحال ضمنه لأنه كان محفوظاً بالوكاء فتلف بحله فضمنه، وإن خرج منه شيء فابتل أسفله أو ثقل به أحد جانبيه فسقط وذهب ما فيه ضمنه لأنه ذهب بعضه بفعله وبعضه بسبب فعله فضمنه كما لو قطع يد رجل فمات منه، وإن فتحه ولم يخرج منه شيء ثم هبت ريح فسقط وذهب ما فيه لم يضمن لأن ذهابه لم يكن بفعله فلم يضمنه كما لو فتح قفصاً عن طائر فوقف ثم طار أو نقب حرزاً فسرق منه غيره. وإن فتح زقاً فيه جامد فذاب وخرج فيه وجهان: أحدهما لا يضمنه لأنه لم يخرج عقيب الحل فصار كما لو كان مائعاً فهبت عليه ريح فسقط، والثاني أنه يضمن وهو الصحيح لأن الشمس لا توجب للخروج وإنما تذيبه والخروج بسبب فعله فضمنه كالمائع إذا خرج عقيب الفتح. وإن حل زقاً فيه جامد وقرب إليه آخر ناراً فذاب وخرج فقد قال بعض أصحابنا لا ضمان على واحد منهما لأن الذي حل الوكاء لم توجد منه عند فعله جناية يضمن بها وصاحب النار لم يباشر ما يضمن فصارا كسارقين

مثال الإنسان ومثال الخشب الذي يزعمون أن عيسى عليه السلام صلب عليه يتبركون به وقد كذبهم الله تعالى بقوله: ﴿وما قتلوه وما صلبوه﴾[النساء: ١٥٧] والتفصيل أخذه من موضع المفصل من غير كسر، قوله: (**غير ملجيء**) التلجئة الإكراه وألجأته إلى الشيء اضطررته إليه وألجأت أمري إلى الله أسندت.

قوله: (**من طبع الطائر النفور**) الطبع السجية التي خلق عليها الإنسان من أصله. والنفور الذهاب بسرعة من الفزع والخوف، قوله: (**في هواء داره**) الهواء بالمد ما بين السماء

نقب أحدهما الحرز وأخرج الآخر المال فإنه لا قطع على واحد منهما، وعندي أنه يجب الضمان على صاحب النار لأنه **باشر الاتلاف** بإدناء النار فصار كما لو حفر رجل بئراً ودفع فيها آخر إنساناً، وأما السارق فهو حجة عليه لأنا أوجبنا الضمان على من أخرج المال فيجب أن يجب الضمان ههنا على صاحب النار، وأما القطع فلا يجب عليهما لأنه لا يجب القطع إلا **بهتك الحرز** والذي أخذ المال لم يهتك الحرز والضمان يجب بمجرد الإتلاف وصاحب النار قد أتلف فلزمه الضمان.

فصل: وإن فتح زقاً مستعلي الرأس فاندفع ما فيه فخرج فجاء آخر **فنكسه** حتى تعجل خروج ما فيه ففيه وجهان: أحدهما يشتركان في ضمان ما خرج بعد التنكيس كالجارحين، والثاني أن ما خرج بعد التنكيس يجب على الثاني كالجارح والذابح.

فصل: وإن حل رباط سفينة فغرقت نظرت، فإن غرقت في الحال ضمن لأنها تلفت بفعله، وإن وقفت ثم غرقت فإن كان بسبب حادث كريح هبت لم يضمن لأنها غرقت بغير فعله، وإن غرقت من غير سبب حادث ففيه وجهان: أحدهما لا يضمن كالزق إذا ثبت بعد فتحه ثم سقط، والثاني أنه يضمن لأن الماء أحد المتلفات.

فصل: إذا **أجج على سطحه ناراً** فطارت شرارة إلى دار الجار فأحرقتها أو سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها، فإن كان الذي فعله ما جرت به العادة لم يضمن لأنه غير متعد، وإن فعل ما لم تجر به العادة بأن أجج من النار ما لا يقف على حد داره أو سقى أرضه من الماء ما لا تحتمله ضمن لأنه متعد.

فصل: إذا ألقت الريح ثوباً لإنسان في داره لزمه حفظه لأنه أمانة حصلت تحت يده فلزمه حفظها كاللقطة، فإن عرف صاحبه لزمه إعلامه، فإن لم يفعل ضمنه لأنه أمسك مال غيره بغير رضاه من غير تعريف فصار كالغاصب، وإن وقع في داره طائر لم يلزمه حفظه، ولا إعلام صاحبه لأنه محفوظ بنفسه، فإن دخل إلى برج في داره طائر فأغلق عليه الباب نظرت؛ فإن نوى إمساكه على نفسه ضمنه لأنه أمسك مال غيره فضمنه كالغاصب، وإن لم ينو إمساكه على نفسه لم يضمنه لأنه يملك التصرف في برجه فلا يضمن ما فيه.

والأرض. والهوى بالقصر شهوة النفس وقد ذكر. والزق وعاء من أدم. والمائع الذائب. والوكاء الخيط أو السير الذي يشد به. وقد أوكيته وأوكيت عليه أي شددته قوله: (**باشر الإتلاف**) المباشرة أن تلي الأمر بنفسك لا بسبب، ولا بوكيل ولا خادم وأصله جلد الإنسان قوله: (**بهتك الحرز**) الهتك أصله الخرق يقال هتك الستر عما وراءه والاسم الهتكة، قوله: (**فنكسه**) يقال نكست الشيء وأنكسته نكساً إذا قلبته على رأسه فانتكس. ونكسه بالتشديد تنكيساً. والناكس المطأطيء رأسه قوله: (**أجج على سطحه ناراً**) أي أوقدها حتى طلع لهبها.

فصل: إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في تلف المغصوب، فقال المغصوب منه هو باقٍ وقال الغاصب تلف، فالقول قول الغاصب مع يمينه لأنه يتعذر إقامة البينة على التلف، وهل يلزمه البدل؟ فيه وجهان: أحدهما لا يلزمه لأن المغصوب منه لا يدعيه والثاني يلزمه لأنه بيمينه تعذر الرجوع إلى العين فاستحق البدل كما لو غصب عبداً فأبق.

فصل: وإن تلف المغصوب واختلفا في قيمته فقال الغاصب قيمته عشرة، وقال المغصوب منه قيمته عشرون فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه إلا ما أقر به كما لو ادعى عليه ديناً من غير غصب فأقر ببعضه.

فصل: وإن اختلفا في صفته فقال الغاصب كان سارقاً فقيمته مائة، وقال المغصوب منه لم يكن سارقاً فقيمته ألف فالقول قول المغصوب منه، لأن الأصل عدم السرقة، ومن أصحابنا من قال: القول قول الغاصب لأنه غارم والأصل براءة ذمته مما زاد على المائة، فإن قال المغصوب منه كان كاتباً فقيمته ألف، وقال الغاصب لم يكن كاتباً فقيمته مائة، فالقول قول الغاصب لأن الأصل عدم الكتابة وبراءة الذمة مما زاد على المائة، فإن قال المغصوب منه غصبتني طعاماً حديثاً وقال الغاصب بل غصبتك طعاماً عتيقاً فالقول قول الغاصب لأن الأصل أنه لا يلزمه الحديث، فإذا حلف كان للمغصوب منه أن يأخذ العتيق لأنه أنقص من حقه.

فصل: وإن غصبه خمراً وتلف عنده ثم اختلفا فقال المغصوب منه صار خلاً ثم تلف فعليك الضمان، وقال الغاصب بل تلف وهو خمر فلا ضمان عليّ فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته، ولأن الأصل أنه باق على كونه خمراً.

فصل: وإن اختلفا في الثياب التي على العبد المغصوب فادعى المغصوب منه أنها له وادعى الغاصب أنها له فالقول قول الغاصب لأن العبد وما عليه في يد الغاصب فكان القول قوله والله أعلم.

والأجيج تلهب النار. وقد أجب تؤج أجيجاً. والسطح معروف وهو ظاهر السقف، وسطح كل شيء أعلاه قوله: (برجه) البرج هو مسكن الحمام الذي يفرخ فيه، والطعام الحديث ضد العتيق وهو من سنته، والعتيق من عام قبله أو عامين.

كتاب الشفعة

وتجب الشفعة في العقار لما روى جابر رضي الله عنه قال: **قضى رسول الله ﷺ** بالشفعة **في كل شرك** لم يقسم ربعه أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به، ولأن الضرر في العقار يتأبد من جهة الشريك فثبتت فيه الشفعة لإزالة الضرر.

فصل: وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه، لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا شفعة إلا في **ربعة** أو حائط». وأما البناء والغراس فإنه إن بيع مع الأرض ثبت فيه الشفعة، لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان له شريك في ربع أو نخل فليس له أن يبيع حتى **يؤذن شريكه** فإن رضي أخذه وإن كره تركه»[1] لأنه يراد لتأبيد فهو كالأرض، فإن بيع منفرداً لم تثبت فيه الشفعة لأنه ينقل ويحول فلم تثبت فيه الشفعة، واختلف أصحابنا في النخل إذا بيعت مع قرارها مفردة عما **يتخللها** من بياض الأرض فمنهم من قال تثبت فيه الشفعة لأنه فرع تابع لأصل ثابت، ومنهم من قال لا شفعة فيها لأن **القرار** تابع لها، فإذا لم تجب الشفعة فيها إذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفي تبعها، وإن كانت دار أسفلها لواحد وعلوها مشترك بين جماعة فباع أحدهم نصيبه، فإن كان السقف لصاحب السفل لم تثبت الشفعة في الحصة المبيعة من العلو لأنه بناء منفرد، وإن كان السقف للشركاء في العلو ففيه وجهان: أحدهما لا تثبت فيه الشفعة لأنه لا يتبع أرضاً، والثاني تثبت لأن السقف أرض لصاحب العلو يسكنه ويأوي إليه فهو كالأرض.

فصل: وإن بيع الزرع مع الأرض أو الثمرة الظاهرة مع الأصل لم تؤخذ مع الأصل

ومن كتاب الشفعة

الشفعة مأخوذة من الشفع وهو الزوج ضد الفرد كأنه إذا شفع يجعل الفرد زوجاً معناه الاشتراك في الملك وقال في الغريبين قال أحمد بن يحيى: اشتقاقها من الزيادة، وهو أن تشفع فيما تطلبه فتضمنه إلى ما عندك فتشفعه أي تزيده قوله: (**قضى رسول الله ﷺ**) أي حكم وأوجب، قوله: (**في كل شرك**) هو الاسم الاشتراك في الملك قوله: (**ربعة**) الربع هو الدار نفسها والحائط النخل تحوط عليه بجدار أو غيره، قوله: (**حتى يؤذن شريكه**) أي يعلمه ﴿وأذان من الله﴾ أي إعلام ومنه الأذان في الصلاة هو الإعلام بها قوله: (**يتخللها**) أي يكون في خلالها من البياض والخلل الفرجة بين الشيئين والجمع خلال قال الله تعالى: ﴿فترى الودق يخرج من خلاله﴾ وهو الفرج بين السحاب قوله: (**القرار**) المستقر من الأرض وهو

---

(١) رواه مسلم في كتاب المساقاة حديث ١٣٥.

بالشفعة لأنه منقول فلم يؤخذ مع الأرض بالشفعة كنيران الضيعة، فإن بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة ففيه وجهان: أحدهما تؤخذ الثمرة مع الأصل بالشفعة لأنها تبعت الأصل في البيع فأخذت معه بالشفعة كالغراس، والثاني لا تؤخذ لأنه منقول فلم تؤخذ مع الأصل كالزرع والثمرة الظاهرة.

فصل: ولا تثبت الشفعة إلا للشريك في **ملك مشاع**، فأما الجار والقاسم فلا شفعة لهما، لما روى جابر رضي الله عنه قال: إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، ولأن الشفعة إنما تثبت لأنه يدخل عليه شريك فيتأذى به فتدعو الحاجة إلى مقاسمته فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك وما يحتاج إلى إحداثه من **المرافق** وهذا لا يوجد في المقسوم.

فصل: ولا تجب إلا فيما تجب قسمته عند الطلب، فأما ما لا تجب قسمته كالرحا والبئر الصغيرة والدار الصغيرة فلا تثبت فيه الشفعة وقال أبو العباس: تثبت فيه الشفعة لأنه عقار فثبت فيه الشفعة قياساً على ما تجب قسمته والمذهب الأول لما روي عن أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا شفعة في بئر **والأرف تقطع كل شفعة**، ولأن الشفعة إنما تثبت للضرر الذي يلحقه بالمقاسمة وذلك لا يوجد فيما لا يقسم. وأما الطريق المشترك في **درب** مملوك ينظر فيه، فإن كان ضيقاً إذا قسم لم يصب كل واحد منهم طريقاً يدخل فيه إلى ملكه فلا شفعة فيه، وإن كان واسعاً نظرت، فإن كان للدار المبيعة طريق آخر وجبت الشفعة في الطريق لأنه أرض مشتركة، تحتمل القسمة ولا ضرر على أحد في أخذه بالشفعة فأشبه غير الطريق، وإن لم يكن للدار طريق غيره ففيه ثلاثة أوجه: أحدها لا شفعة فيه لأنا لو أثبتنا الشفعة فيه أضررنا بالمشتري لأنه يبقى ملكه بغير طريق والضرر لا يزال بالضرر، والثاني تثبت فيه الشفعة لأنه أرض تحتمل القسمة فتثبت فيها الشفعة كغير الطريق، والثالث أنه إن أمكن الشفيع المشتري من دخول الدار ثبت له

الذي يقر فيه أي يثبت فيه ويقيم قوله: (**ملك مشاع**) أي مشترك غير مقسوم من قولهم أشاع الخبر إذا أذاعه ولم يختص به واحد دون واحد. قال الأزهري إنما قيل له مشاع لأن سهم كل واحد من الشريكين أشيع أي أذيع وفرق في أجزاء سهم الآخر حتى لا يتميز منه. يقال شاع اللبن في الماء إذا تفرقت أجزاؤه في أجزائه حتى لا يتميز قوله: (**المرافق**) هي ما يرفق به أي ينتفع والرفق النفع قوله: (**في الحديث والأرف تقطع كل شفعة**) هي الحدود بين الأرضين الواحدة أرفة مثل غرفة وغرف. وقال عثمان رضي الله عنه أي مال أرف عليه وقسم فلا شفعة فيه قوله: (**درب**) هي بيوت مجتمعة يجمعها طريق واحد وهي كبيوت أهل صنعاء. وقد ذكرنا الشقص وأنه النصيب والطائفة من الشيء.

الشفعة، وإن لم يمكنه فلا شفعة لأنه مع التمكين يمكن دفع الضرر من غير إضرار ولا يمكن مع عدم التمكين إلا بالإضرار.

فصل: وتثبت الشفعة في الشقص المملوك بالبيع، لحديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به»، وتثبت في كل عقد يملك الشقص فيه بعوض كالإجارة والنكاح والخلع، لأنه عقد معاوضة فجاز أن تثبت الشفعة في الشقص المملوك به كالبيع.

فصل: فأما فيما ملك فيه الشقص بغير عوض كالوصية والهبة من غير عوض فلا تثبت فيه الشفعة لأنه ملكه بغير بدل فلم تثبت فيه الشفعة كما لو ملكه بالإرث، وإن باع من رجل شقصاً فعفا الشفيع فيه عن الشفعة ثم رجع الشقص إليه بالإقالة لم تثبت فيه الشفعة لأنه لم يملكه بعوض، وإنما انفسخ البيع ورجع المبيع إلى ملكه بغير بدل فإن باعه شقصاً فعفا الشفيع عن الشفعة ثم ولاه رجلاً ثبتت فيه الشفعة لأن التولية بيع برأس المال، وإن قال لأم ولده إن خدمت ورثتي شهراً فلك هذا الشقص فخدمتهم ملكت الشقص، وهل تثبت فيه الشفعة؟ فيه وجهان: أحدهما أنه تثبت لأنها ملكته ببدل هو الخدمة فصار كالمملوك بالإجارة، والثاني لا تثبت فيه الشفعة لأنه وصية في الحقيقة، لأنه يعتبر من الثلث فلم تثبت فيه الشفعة كسائر الوصايا. وإن دفع المكاتب إلى مولاه شقصاً عن نجم عليه ثم عجز ورق فهل للشفيع في الشقص شفعة أم لا فيه وجهان: أحدهما لا شفعة فيه لأنه بالعجز صار ماله للمولي بحق الملك لا بالمعاوضة وما ملك بغير المعاوضة لا شفعة فيه، والثاني تثبت فيه لأنه ملكه بعوض فثبت فيه الشفعة فلا تسقط بالفسخ بعده.

فصل: وإن بيع شقص في شركة الوقف، فإن قلنا إن الموقوف عليه لا يملك الوقف لم تجب فيه الشفعة لأنه لا ملك له، وإن قلنا إنه يملك ففيه وجهان: أحدهما أنه يأخذ بالشفعة لأنه يلحقه الضرر في ماله من جهة الشريك **فأشبه مالك الطلق**. والثاني لا يأخذه لأن ملكه غير تام بدليل أنه لا يملك التصرف فيه فلا يملك به ملكاً تاماً.

فصل: وإن اشترى شقصاً وشرط الخيارة فيه للبائع، لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار، لأنه في أحد الأقوال لا يملك الشقص وفي القول الثاني ملكه موقوف فلا يعلم هل يملك أم لا، وفي القول الثالث يملكه ملكاً غير تام لأن للبائع أن يفسخه، ولأنه إذا أخذ بالشفعة أضر بالبائع، لأنه يسقط حقه من الفسخ والضرر لا يزال بالضرر. وإن

قوله: **(فأشبه مالك الطلق)** بكسر الطاء هو ضد الوقف لأن الوقف المحبوس. الطلق ضده.

شرط الخيار للمشتري وحده، فإن قلنا إنه لا يملك أو قلنا إنه موقوف لم يأخذ لما ذكرناه خيار البائع، وإن قلنا إنه يملكه ففيه قولان: أحدهما لا يأخذه لأنه بيع فيه خيار فلا يأخذ به كما لو كان الخيار للبائع، والثاني يأخذه وهو الصحيح لأنه لا حق فيه لغير المشتري والشفيع يملك إسقاط حقه ولهذا يملك إسقاط حقه بعد لزومه البيع واستقرار الملك فلأن يملك قبل لزومه أولى.

فصل: وتثبت الشفعة للكافر على المسلم لحديث جابر رضي الله عنه لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به، ولم يفرق ولأنه خيار جعل لدفع الضرر عن المال، فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب.

فصل: ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض لأنه إذا أخذه ولم يقدر على العوض أضر بالمشتري والضرر لا يزال بالضرر، فإن أحضر رهناً أو ضميناً أو عوضاً عن الثمن لم يلزم قبوله لأن ما استحق أخذه بالعوض لم يلزم قبول الرهن والضمين والعوض فيه كالمبيع في يد البائع.

فصل: ويأخذ الشفيع بالعوض الذي ملك به فإن اشتراه أخذه بالثمن، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «فإن باعه فهو أحق به بالثمن»، وإن اشترى شقصاً وسيفاً بثمن قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما وأخذ الشقص بحصته وترك السيف على المشتري بحصته، لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته، ولا يثبت للمشتري الخيار في فسخ البيع بتفريق الصفقة عليه، لأنه دخل في العقد على بصيرة أن الصفقة تفرق عليه، وإن اشترى الشقص بثمن ثم ألحق به زيادة أو حط عنه بعض أو وجد به عيباً فأخذ عنه الأرش فعلى ما ذكرناه في بيع المرابحة، فإن نقص الشقص في يد المشتري فقد روى المزني أن الشفيع يأخذه بجميع الثمن، وقال في القديم يأخذه بالحصة، واختلف أصحابنا في ذلك فمنهم من قال: فيه قولان وهو الصحيح: أحدهما يأخذ بجميع الثمن كالعبد المبيع إذا ذهبت عينه في يد البائع فإن المشتري يأخذه بجميع الثمن، والقول الثاني أنه يأخذه بالحصة وهو الصحيح لأنه أخذ بعض ما دخل في العقد فأخذه بالحصة كما أو كان معه سيف، ومنهم من قال إن ذهب التالف ولم يذهب من الأجزاء شيء أخذ بالجميع لأن الذي يقابله الثمن أجزاء العين وهي باقية، فإن تلف بعض الأجزاء من الآجر والخشب أخذه بالحصة، لأنه تلف بعض ما يقابله الثمن فأخذ الباقي بالحصة وحمل القولين على هذين الحالين، ومنهم من قال: إن تلف بجائحة من السماء أخذ بالجميع، لأنه لم يحصل للمشتري بدل التالف، وإن تلف بفعل آدمي أخذ بالحصة لأنه حصل للمشتري بدل التألف، وحمل القولين على هذين الحالين.

. . . .

فصل: وإن اشترى الشقص بمائة مؤجلة ففيه ثلاثة أقوال: أحدها يأخذ بمائة مؤجلة لأن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته فكان تابعاً له في التأجيل، والثاني أنه يأخذه بسلعة تساوي مائة إلى الأجل لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة لأن ذلك أكثر مما لزم المشتري ولا يمكن أن يطالب بمائة مؤجلة لأن الذمم لا تتماثل فتجعل ذمة الشفيع مثل ذمة المشتري فوجب أن يعدل إلى جنس آخر بقيمته كما يعدل فيما لا مثل له إلى جنس آخر بقيمته، والثالث وهو الصحيح أنه يخير بين أن يعجل الثمن ويأخذ، وبين أن يصبر إلى أن يحل فيأخذ، لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة ولا بمائة مؤجلة لما ذكرناه، ولا يمكن أن يأخذ بسلعة لأن الشفيع إنما يأخذ بالمثل أو القيمة، والسلعة ليست بمثل الثمن ولا هي قيمته فلم يبق إلا التخيير.

فصل: وإن باع رجل في مرضه من وارثه شقصاً يساوي ألفين بألف ولم تجز الوارثة بطل البيع في نصفه لأنه قدر المحاباة، فإن اختار الشفيع أن يأخذ النصف بالألف لم يكن للمشتري الخيار في تفريق الصفقة لأن الشفيع أخذه بألف، وإن لم يأخذ الشفيع فللمشتري أن يفسخ البيع لتفرق الصفقة عليه، وإن باع من أجنبي وحاباه والشفيع وارث فاحتمل الثلث **المحاباة** ففيه خمسة أوجه: أحدها أن البيع يصح في نصف الشقص بالألف وللشفيع أن يأخذه ويبقى النصف للمشتري بلا ثمن، لأن المحاباة وصية والوصية للمشتري تصح ولا تصح للشفيع فيصير كأنه وهب له النصف وباع منه النصف بثمن المثل، ويأخذ الشفيع النصف بجميع الثمن ويبقى النصف للمشتري بغير ثمن. والثاني أن البيع يصح في نصفه بالألف لأنا إن دفعنا الجميع إلى الشفيع بالألف حصلت الوصية للوارث، وإن دفعنا إليه النصف بالألف وتركنا النصف على المشتري ألزمنا الشفيع في النصف أكثر مما لزم المشتري فلم يبق إلا الفسخ بالنصف ودفع النصف إلى الوارث من غير محاباة، والثالث أن البيع باطل لأن المحاباة تعلقت بالكل فلا يجوز أن تجعل في نصفه، والرابع أنه يصح البيع وتسقط الشفعة لأن إثبات الشفعة يؤدي إلى إبطال البيع، وإذا بطل البيع سقطت الشفعة، وما أدى ثبوته إلى سقوطه وسقوط غيره سقط فسقطت الشفعة وبقي البيع، والخامس وهو الصحيح أنه يصح البيع في الجميع بالألف ويأخذ الشفيع بالألف لأن المحاباة وقعت للمشتري دون الشفيع والمشتري أجنبي فصحت المحاباة له.

فصل: وإن اشترى الشقص بعرض؛ فإن كان له مثل كالحبوب والأدهان أخذه بمثله

قوله: **(المحاباة)** المحاباة في البيع هو ترك شيء من الثمن مأخوذ من الحباء وهو العطية يقال حباه يحبوه كأنه أعطاه ذلك مفاعلة من الحباء.

لأنه من ذوات الأمثال فأخذ به كالدراهم والدنانير، وإن لم يكن له مثل كالعبيد والثياب أخذه بقيمته لأن القيمة مثل لما لا مثل له ويأخذه بقيمته حال وجوب الشفعة كما يأخذ بالثمن الذي وجب عند وجوب الشفعة، وإن اشترى الشقص بعبد وأخذ الشفيع بقيمته ووجد البائع بالعبد عيباً ورده أخذ قيمة الشقص، وهل يثبت التراجع للشفيع والمشتري بما بين قيمة العبد وقيمة الشقص؟ فيه وجهان: أحدهما لا يتراجعان لأن الشفيع أخذ بما استقر عليه العقد وهو قيمة العبد فلا يتغير بما طرأ بعده، والثاني يتراجعان فإن كانت قيمة الشقص أكثر رجع المشتري على الشفيع، وإن كانت قيمة العبد أكثر رجع الشفيع على المشتري لأنه استقر الشقص على المشتري بقيمته فثبت التراجع بما بين القيمتين، وإن وجد البائع بالعبد العيب وقد حدث عنده عيب آخر فرجع على المشتري بالأرش نظرت، فإن أخذ المشتري من الشفيع قيمة العبد سليماً لم يرجع عليه بالأرش لأن الأرش دخل في القيمة، وإن أخذ قيمته معيباً فهل يرجع بالأرش؟ فيه وجهان: أحدهما لا يرجع لأنه أخذ الشقص بقيمة العبد المعيب الذي استقر عليه العقد، والثاني يرجع بالأرش لأنه استقر الشقص عليه بقيمة عبد سليم فرجع به على الشفيع.

فصل: وإن جعل الشقص أجرة في إجارة أخذ الشفيع بأجرة مثل المنفعة، فإن جعل صداقاً في نكاح أو بدلاً في خلع أخذ الشفيع بمهر مثل المرأة لأن المنفعة لا مثل لها فأخذ بقيمتها كالثوب والعبد، وإن جعل متعة في طلاق امرأة أخذ الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر، لأن الواجب بالطلاق متعة مثلها لا المهر.

فصل: والشفيع بالخيار بين الأخذ والترك، لأنه حق ثبت له لدفع الضرر عنه فخير بين أخذه وتركه، وفي خياره أربعة أقوال: قولان نص عليهما في القديم أحدهما أنه على التراخي لا يسقط إلا بالعفو أو بما يدل على العفو كقوله بعني أو قاسمني وما أشبههما لأنه حق له لا ضرر على المستحق عليه في تأخيره فلم يسقط إلا بالعفو كالخيار في القصاص، والثاني أنه بالخيار إلى أن يرفعه المشتري إلى الحاكم ليجبره عن الأخذ أو العفو، لأنا لو قلنا إنه على الفور أضررنا بالشفيع، لأنه لا يأمن مع الاستعجال أن يترك والحظ في الأخذ أو يأخذه والحظ في الترك فيندم، وإن قلنا إنه على التراخي إلى أن يسقط أضررنا بالمشتري لأنه لا يقدر على التصرف والسعي في عمارته خوفاً من الشفيع فجعل له إلى أن يرفع إلى الحاكم ليدفع عنه الضرر، والثالث نص عليه في سير حرملة أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام لأنه لا يمكن أن يجعل على الفور لأنه يستضر به الشفيع، ولا أن يجعل على التراخي لأنه يستضر به المشتري فقدر بثلاثة أيام لأنه لا ضرر فيه على

. . . .

الشفيع، لأنه يمكنه أن يعرف ما فيه من الحظ في ثلاثة أيام ولا على المشتري قريب، والرابع نص عليه في الجديد أنه على الفور وهو الصحيح لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الشفعة لمن واثبها» وروي أنه قال «**الشفعة كنشطة العقال**»[1] إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها، فعلى هذا إن أخر الطلب من غير عذر سقط لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب، وإن أخره لطهارة أو صلاة أو طعام أو لبس ثوب أو إغلاق باب فهو على شفعته، لأنه ترك الطلب لعذر، وإن قال سلام عليكم أنا مطالب بالشفعة ثبتت الشفعة لأن السلام قبل الكلام سنة، فلا تسقط به الشفعة. وإن قال بارك الله في صفقة يمينك، أنا مطالب بالشفعة لم تسقط لأن الدعاء له بالبركة لا يدل على ترك الشفعة لأنه يجوز أن يكون دعاء للصفقة بالبركة لأنها أو صلته إلى الأخذ بالشفعة، وإن قال صالحني عن الشفعة على مال لم يصح الصلح لأنه خيار فلا يجوز أخذ العوض عنه كخيار الشرط، وفي شفعته وجهان: أحدهما تسقط لأنه أعرض عن طلبها من غير عذر، والثاني لا تسقط لأنه تركها على عوض ولم يسلم له العوض فبقي على شفعته فإن أخذه **بثمن مستحق** ففيه وجهان: أحدهما تسقط لأنه ترك الأخذ الذي يملك به من غير عذر. والثاني لا تسقط لأنه استحق الشقص بمثل الثمن في الذمة، فإذا عينه فيما لا يملك سقط التعيين وبقي الاستحقاق كما لو اشترى شيئاً بثمن في الذمة ووزن فيه ما لا يملك.

فصل: وإن وجبت له الشفعة وهو محبوس أو مريض أو غائب نظرت، فإن لم يقدر على الطلب ولا على التوكيل ولا على الاشهاد فهو على شفعته لأنه ترك بعذر، وإن قدر على التوكيل فلم يوكل ففيه ثلاثة أوجه: أحدها وهو قول القاضي أبي حامد إنه تسقط شفعته لأنه ترك الطلب مع القدرة فأشبه إذا قدر على الطلب بنفسه فترك، والثاني وهو قول أبي علي الطبري إنه لا تسقط لأن التوكيل إن كان بعوض لزمه غرم وفيه ضرر، وإن كان بغير عوض احتاج إلى **التزام منه**، وفي تحملها مشقة وذلك عذر فلم تسقط به الشفعة، ومن أصحابنا من قال إن وجد من يتطوع بالوكالة سقطت شفعته لأنه ترك الطلب

قوله: (**في الحديث الشفعة كنشطة العقال**) قال الجوهري تقول نشطت الحبل عقدت له أنشوطة ونشطته حالته يقال كأنما أنشط من عقال وهو مثل للإسراع والمبادرة كما يبادر البعير إلى القيام عند حل عقاله. وقوله عليه السلام لمن واثبها أي بادرها كما يبادر الشيء من يثب عليه أي يقفز ويظفر، قوله: (**بثمن مستحق**) أي أخذه من يدعيه بحق من بينة وإقرار.

قوله: (**التزام منه**) أي صنيعه يتحملها له فيمن بها عليه. والمن بعداد المعطي على

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الشفعة باب٤.

من غير ضرر، فإن لم يجد من يتطوع لم تسقط لإنه ترك للضرر، وإن عجز عن التوكيل وقدر على الاشهاد فلم يشهد ففيه قولان: أحدهما تسقط شفعته لأن الترك قد يكون **للزهد** وقد يكون للعجز وقد قدر على أن يبين ذلك بالشهادة فإذا لم يفعل سقطت شفعته، والثاني لا تسقط لأن عذره في الترك ظاهر فلم يحتج معه إلى الشهادة.

فصل: وإن قال أخرت الطلب لأني لم أصدق، فإن كان قد أخبره عدلان سقطت شفعته لأنه أخبره من يثبت بقوله الحقوق، وإن أخبره حر أو عبد أو امرأة ففيه وجهان: أحدهما لا تسقط لأنه ليس ببينة، والثاني تسقط لأنه أخبره من يجب تصديقه في الخبر وهذا من باب الأخبار فوجب تصديقهم فيه.

فصل: فإن قال المشتري اشتريت بمائة فعفا الشفيع ثم بان أنه اشترى بخمسين فهو على شفعته لأنه عفا عن الشفعة لعذر وهو أنه لا يرضاه بمائة أو ليس معه مائة، وإن قال اشتريت بخمسين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بمائة، لم يكن له أن يطلب لأن من لا يرضى الشقص بخمسين لا يرضاه بمائة، وإن قال اشتريت نصفه بمائة فعفا، ثم بان أنه قد اشترى جميعه بمائة فهو على شفعته، لأنه لم يرض بترك الجميع، وإن قال اشتريت الشقص بمائة فعفا ثم بان أنه كان قد اشترى نصفه بمائة، لم يكن له أن يطالب بالشفعة لأن من لم يرض الشقص بمائة لا يرضى نصفه بمائة، وإن قال اشتريت بأحد النقدين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بالنقد الآخر فهوعلى شفعته لأنه يجوز أن يكون عفا لإعواز أحد النقدين عنده أو لحاجته إليه، وإن قال اشتريت الشقص فعفا ثم بان أنه كان وكيلاً فيه، وإنما المشتري غيره فهو على شفعته لأنه قد يرضى مشاركة الوكيل ولا يرضى مشاركة الموكل.

فصل: وإن وجبت له الشفعة فباع حصته، فإن كان بعد العلم بالشفعة سقطت شفعته لأنه ليس له ملك يستحق به، وإن باع قبل العلم بالشفعة ففيه وجهان: أحدهما تسقط لأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه، والثاني لا تسقط لأنه وجبت له الشفعة والشركة موجودة فلا تسقط بالبيع بعده.

فصل: ومن وجبت له الشفعة في شقص لم يجز أن يأخذ البعض ويعفو عن البعض، لأن في ذلك إضراراً بالمشتري في تفريق الصفقة عليه والضرر لا يزال بالضرر، فإن أخذ البعض وترك البعض سقطت شفعته لأنه لا يتبعض، فإذا عفا عن البعض سقط الجميع كالقصاص، وإن اشترى شقصين من أرضين في عقد واحد، فأراد الشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز وهو الأظهر لما فيه من الإضرار

المعطي عطاءه قوله: **(للزهد)** الزهد خلاف الرغبة يقال زهد فيه بالكسر يزهد زهداً وزهادة إذا

بالمشتري في تفريق الصفقة عليه، والثاني يجوز لأن الشفعة جعلت لدفع الضرر وربما كان الضرر في أحدهما دون الآخر، فإن كان البائع أو المشتري اثنين جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز أن يأخذ أحدهما دون الآخر كما لو اشتراه في عقدين متفرقين.

فصل: وإن كان للشقص شفعاء نظرت؛ فإن حضروا وطلبوا أخذوا، فإن كانت حصة بعضهم أكثر ففيه قولان: أحدهما أنه يقسم الشقص بينهم على عدد الرؤوس وهو قول المزني، لأن كل واحد منهم لو انفرد أخذ الجميع فإذا اجتمعوا تساووا كما لو تساووا في الملك، والثاني أنه يقسم بينهم على قدر الأنصباء، لأنه حق يستحق بسبب الملك فيسقط عند الاشتراك على قدر الأملاك كأجرة الدكان وثمرة البستان، وإن عفا بعضهم عن حقه أخذ الباقون جميعه لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري، فإن جعل بعضهم حصته لبعض الشركاء لم يصح بل يكون لجميعهم لأن ذلك عفو وليس بهبة، وإن حضر بعضهم أخذ جميعه، فإن حضر آخر قاسمه، وإن حضر الثالث قاسمهما لأنا بينا أنه لا يجوز التبعيض، فإن أخذ الحاضر الشقص وزاد في يده بأن كان نخلاً فأثمرت ثم قدم الغائب قاسمه على الشقص دون الثمار لأن الثمار حديث في ملك الحاضر فاختص بها، وإن قال الحاضر أنا آخذ بقدر مالي لم يجزِ، وهل تسقط شفعته؟ فيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها تسقط لأنه قدر على أخذ الجميع وقد تركه، والثاني وهو قول أبي إسحاق أنها لا تسقط لأنه تركه بعذر وهو أنه يخشى أن يقدم الغائب فينتزعه منه، والترك للعذر لا يسقط الشفعة كما قلنا فيمن أظهر له المشتري ثمناً كثيراً فترك ثم بان بخلافه.

فصل: وإن كان المشتري شريكاً بأن كان بين ثلاثة دار فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكيه لم يكن للشريك الثاني أن يأخذ الجميع لأن المشتري أحد الشريكين فلم يجز للآخر أن يأخذ الجميع كما لو كان المشتري أجنبياً، وقال أبو العباس للشريك أن يأخذ الجميع، لأنا لو قلنا إنه يأخذ النصف لتركنا النصف على المشتري بالشفعة، والإنسان لا يأخذ بالشفعة من نفسه، والمذهب الأول لأن المشتري لا يأخذ النصف من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ الجميع ويبقى الباقي على ملكه.

فصل: وإن ورث رجلان من أبيهما داراً ثم مات أحدهما وخلف ابنين ثم باع أحد هذين الابنين حصته ففي الشفعة قولان: أحدهما أن الشفعة بين الأخ والعم وهو الصحيح لأنهما شريكان للمشتري فاشتركا في الشفعة، كما لو ملكاه بسبب واحد، والثاني أنها

لم يرغب فيه ومنه سمي الزاهد لأنه لم يرغب إلى الدنيا قوله: **(يخبر الواحد)** هو الذي يرويه

للأخ دون العم لأن الأخ أقرب إليه في الشركة لأنهما ملكاه بسبب واحد، والعم ملك بسبب قبلهما فعلى هذا إن عفا الأخ عن حقه فهل يستحق العم؟ فيه وجهان: أحدهما يستحق به لأنه شريك وإنما قدم الأخ عليه لأنه أقرب في الشركة فإذا ترك الأخ ثبت للعم كما نقول فيمن قتل رجلين، أنه يقتل بالأول لأن حقه أسبق، فإذا عفا ولي الأول قتل بالثاني، والوجه الثاني أنه لا يستحق لأنه لم يستحق الشفعة وقت الوجوب فلم يستحق بعده، وإن كان بين ثلاثة أنفس دار فباع أحدهم نصيبه من رجلين وعفا شريكاه عن الشفعة ثم باع أحد المشتريين نصيبه فعلى القولين: أحدهما أن الشفعة للمشتري الآخر لأنهما ملكاه بسبب واحد والشريكان الآخران ملكاه بسبب سابق لملك المشتريين، والثاني أنها بين الجميع لأن الجميع شركاء في الملك في حال وجوب الشفعة، وإن مات رجل عن دار وخلف ابنتين وأختين ثم باعت إحدى الأختين نصيبها ففيه طريقان: من أصحابنا من قال هي على القولين. أحدهما أن الشفعة للأخت لأنها ملكت مع الأخت بسبب واحد وملك البنات بسبب آخر، والثاني أن الشفعة بين البنات والأخت لأن الجميع شركاء في الملك، ومنهم من قال إن الشفعة بين البنات والأخت قولاً واحداً، لأن الجميع ملكن الشقص في وقت واحد لم يسبق بعضهن بعضاً.

فصل: وإن تصرف المشتري في الشقص ثم حضر الشفيع نظرت فإن تصرف بما لا تستحق به الشفعة كالوقف والهبة والرهن والإجارة، فللشفيع أن يفسخ ويأخذ لأن حقه سابق للتصرف، ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ فملك الفسخ. وإن تصرف بما تستحق به الشفعة كالبيع والصداق فهو بالخيار بين أن يفسخ ويأخذ بالعقد الأول وبين أن يأخذ بالعقد الثاني لأنه شفيع بالعقدين فجاز أن يأخذ بما شاء منهما، وإن قابل البائع أورده عليه بعيب فللشفيع أن يفسخ الإقالة والرد بالعيب ويأخذه لأن حقه سابق ولا يمكن الأخذ مع الإقالة والرد بالعيب فملك الفسخ، وإن تحالفا على الثمن وفسخ العقد جاز للشفيع أن يأخذ بالثمن الذي حلف عليه البائع، لأن البائع أقر للمشتري بالملك، وللشفيع بالشفعة بالثمن الذي حلف عليه، فإذا بطل حق المشتري بالتحالف بقي حق الشفيع، وإن اشترى شقصاً بعبد ووجد البائع بالعبد عيباً ورده قبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان: أحدهما يقدم الشفيع لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالرد، والثاني أن البائع أولىٰ، لأن في تقديم الشفيع إضراراً بالبائع في إسقاط حقه من الرد والضرر لا يزال بالضرر. وإن أصدق امرأته شقصاً وطلقها قبل الدخول وقبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان: أحدهما يقدم الزوج على الشفيع لأن حق الزوج أقوى لأنه ثبت بنص الكتاب وحق الشفيع ثبت بخبر

أحد لا يتابع عليه. وعند أهل الأصول هو ما لم يقع العلم به وإن رواه العدد الكثير وهو ضد

الواحد فقدم حق الزوج، والثاني يقدم الشفيع لأن حقه سابق، لأنه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق.

فصل: وإن اشترى شقصاً وكان الشفيع غائباً فقاسم وكيله في القسمة أو رفع الأمر إلى الحاكم فقاسمه وغرس وبنى ثم حضر الشفيع أو أظهر له ثمناً كثيراً فقاسمه ثم غرس وبنى ثم بان خلافه وأراد الأخذ، فإن اختار المشتري قلع الغراس والبناء لم يمنع لأنه ملكه فملك نقله ولا تلزمه تسوية الأرض لأنه غير متعدٍ، وإن لم يختر القلع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بالثمن والغراس والبناء بالقيمة وبين أن يقلع الغراس والبناء ويضمن ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً، لأن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا إضرار» ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك.

فصل: وإن اشترى شقصاً وحدث فيه زيادة قبل أن يأخذ الشفيع نظرت؛ فإن كانت زيادته لا تتميز **كالفسيل إذا طال وامتلأ** فإن الشفيع يأخذه مع زيادته، لأن ما لا يتميز يتبع الأصل في الملك كما يتبعه في الرد بالعيب، وإن كانت متميزة كالثمرة فإن كانت ثمرة ظاهرة لم يكن للشفيع فيها حق لأن الثمرة الظاهرة لا تتبع الأصل كما قلنا في الرد بالعيب، وإن كانت غير ظاهرة ففيها قولان: قال في القديم تتبع الأصل كما تتبع في البيع، وقال في الجديد لا تتبعه لأنه استحقاق بغير تراضٍ فلا يأخذ به إلا ما دخل بالعقد، ويخالف البيع لأنه استحقاق عن تراضٍ يقدر فيه على الاستثناء فإذا لم يستثن تبع الأصل.

فصل: إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الأخذ من غير حكم الحاكم لأن الشفعة ثابتة بالنص والاجماع فلم تفتقر إلى الحاكم كالرد بالعيب، فإن كان الشقص في يد المشتري أخذه منه، وإن كان في يد البائع ففيه وجهان: أحدهما يجوز أن يأخذ منه لأنه استحق فملك الأخذ كما لو كان في يد المشتري، والثاني لا يجوز أن يأخذ منه بل يجبر المشتري على القبض ثم يأخذه منه لأن الأخذ من البائع يؤدي إلى إسقاط الشفعة لأنه يفوت به التسليم، وفوات التسليم يوجب بطلان العقدة فإذا بطل العقد سقطت الشفعة وما أدى إثباته إلى إسقاطه سقط.

فصل: ويملك الشفيع الشقص بالأخذ لأنه تملك مال بالقهر فوقع الملك فيه بالأخذ كتملك المباحات، ولا يثبت فيه خيار الشرط لأن الشرط إنما يثبت مع تملك الاختيار، والشقص يؤخذ بالإجبار، فلم يصح فيه شرط الخيار، وهل يثبت له خيار المجلس؟ فيه وجهان: أحدهما يثبت لأنه تملك مال بالثمن فثبت فيه خيار المجلس كالبيع، والثاني لا يثبت لأنه إزالة ملك لدفع الضرر فلم يثبت فيه خيار المجلس كالرد بالعيب.

المتواتر قوله: (**كالفسيل إذا طال امتلأ**) الفسيل صغار النخل. وامتلأ معناه غلظ وجل.

فصل: وإن وجد بالشقص عيباً فله أن يرده لأنه ملكه بالثمن فثبت له الرد بالعيب كالمشتري في البيع، وإن خرج مستحقاً رجع بالعهدة على المشتري، لأنه أخذ منه على أنه ملكه فرجع بالعهدة عليه كما لو اشتراه منه.

فصل: وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته لأنه قبض استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب، وإن كان له وارثان فعفا أحدهما عن حقه سقط حقه، وهل يسقط حق الآخر؟ فيه وجهان: أحدهما يسقط لأنها شفعة واحدة، فإذا عفا عن بعضها سقط الباقي كالشفيع إذا عفا عن بعض الشقص، والثاني لا يسقط لأنه عفا عن حقه فلم يسقط حق غيره كما لو عفا أحد الشفيعين.

فصل: إذا اختلف الشريكان في الدار فادعى أحدهما على الآخر أنه ابتاع نصيبه فله أخذه بالشفعة، وقال الآخر بل ورثته أو أوهبته فلا شفعة لك، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لأنه يدعي عليه استحقاق ملكه بالشفعة فكان القول قوله كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة، فإن **نكل عن اليمين** حلف المدعي وأخذ بالشفعة وفي الثمن ثلاثة أوجه: أحدها أنه يقال للمدعى عليه قد أقر لك بالثمن وهو مصدق في ذلك فإما أن تأخذه أو تبرئه من الثمن الذي لك عليه كما قلنا في المكاتب إذا حمل نجماً إلى المولى فادعى المولى أنه مغصوب، والثاني أنه يترك الثمن في يد المدعي لأنه قد أقر لمن لا يدعيه فأقر في يده كما لو أقر بدار لرجل وكذبه المقر له، والثالث يأخذه الحاكم ويحفظه إلى أن يدعيه صاحبه لأنهما اتفقا على أنهما لا يستحقان ذلك.

فصل: وإن ادعى كل منهما على شريكه أنه ابتاع حصته بعده وأنه يستحق عليه ذلك بالشفعة، فالقول قول كل واحدٍ منهما لما ذكرناه، فإن سبق أحدهما فادعى وحلف المدعى عليه استقر ملكه ثم يدعى الحالف على الآخر، فإن حلف استقر أيضاً ملكه، وإن نكل الأول ردت اليمين على المدعي فإذا حلف استحق، وإن أراد الناكل أن يدعي على الآخر بعد ذلك لم تسمع دعواه لأنه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة.

فصل: وإن اختلفا في الثمن فقال المشتري الثمن ألف وقال الشفيع هو خمسمائة فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه هو العاقد فكان أعرف بالثمن ولأنه مالك الشقص فلا ينزع منه بالدعوى من غير بينة.

فصل: وإن ادعى الشفيع أن الثمن ألف وقال المشتري لا أعلم قدره فالقول قول المشتري لأن ما يدعيه ممكن فإنه يجوز أن يكون قد اشترى بثمن جزاف ويجوز أن يكون

والثمرة الظاهرة كالطلع المؤبر وما شاكله قوله: **(نكل عن اليمين)** جبن وخاف. وثمن جزاف

قد علم الثمن ثم نسي، فإذا حلف لم يستحق الشفعة لأنه لا يستحق من غير بدل، ولا يمكن أن يدفع إليه مالاً يدعيه، وقال أبو العباس: يقال له إما أن تبين قدر الثمن أو نجعلك ناكلاً فيحلف الشفيع أن الثمن ألف ويستحق كما نقول فيمن ادعى على رجل ألفاً فقال للمدعى عليه لا أعلم القدر والمذهب الأول لأن ما يدعيه ممكن فإنه يجوز أن يكون قد اشتراه بثمن جزاف لا يعرف وزنه، ويجوز أن يكون قد علم ثم نسي، ويخالف إذا ادعى عليه ألفاً فقال لا أعرف القدر لأن هناك لم يجب عن الدعوى، وههنا أجاب عن استحقاق الشفعة وإنما ادعى الجهل بالثمن.

فصل: وإن قال المشتري الثمن ألف، وقال الشفيع لا أعلم هل هو ألف أو أقل، فهل له أن يحلف المشتري؟ فيه وجهان: أحدهما ليس له أن يحلفه حتى يعلم لأن اليمين لا يجب بالشك والثاني له أن يحلفه لأن المال لا يملك بمجرد الدعوى. وإن قال المشتري الثمن ألف وقال الشفيع لا أعلم كم هو ولكنه دون الألف فالقول قول المشتري، فإن نكل لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن لأنه لا يجوز أن يحلف على ما لم يعلم.

فصل: وإن اشترى الشقص بعرض، وتلف **العرض** واختلفا في قيمته فالقول قول المشتري لأن الشقص ملك له فلا ينتزع بقول المدعي.

فصل: وإن أقر المشتري أنه اشترى الشقص بألف وأخذ الشفيع بألف، ثم ادعى البائع أن الثمن كان ألفين وصدقه المشتري لم يلزم الشفيع أكثر من الألف، لأن المشتري أقر بأنه يستحق الشفعة بألف فلا يقبل رجوعه في حقه، فإن كذبه المشتري فأقام عليه بينة أن الثمن ألفان لزم المشتري الألفان، ولا يرجع على الشفيع بما زاد على الألف لأنه كذب البينة بإقراره السابق.

فصل: فإن كان بين رجلين دار وغاب أحدهما وترك نصيبه في يد رجل فادعى الشريك على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه وأنه استحق أخذه بالشفعة فأقر به فهل يلزمه تسليمه إليه بالشفعة؟ فيه وجهان، أحدهما لا يسلمه لأنه أقر بالملك للغائب ثم ادعى انتقاله بالشراء فلم يقبل قوله، والثاني يسلم إليه لأنه في يده فقبل قوله فيه.

فصل: وإن أقر أحد الشريكين في الدار أنه باع نصيبه من رجل ولم يقبض الثمن وصدقه الشريك وأنكر الرجل فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: لا نثبت الشفعة للشريك لأن الشفعة تثبت بالشراء ولم يثبت الشراء فلم تثبت الشفعة للشريك، وذهب عامة أصحابنا إلى أنه تثبت الشفعة، وهو جواب المزني فيما أجاب فيه على قول الشافعي

غير معدود ولا موزون قوله: (**العرض**) بتسكين الراء هو ضد النقد وهو ما عدا الذهب

رحمه الله لأنه أقر للشفيع بالشفعة وللمشتري بالملك، فإذا أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر، كما لو أقر لرجلين بحق فكذبه أحدهما وصدقه الآخر. وهل يجوز للبائع أن يخاصم المشتري؟ فيه وجهان: أحدهما ليس له ذلك لأنه يصل إلى الثمن من جهة الشفيع فلا حاجة به إلى خصومة المشتري، والثاني له أن يخاصمه لأنه قد يكون المشتري أجهل في المعاملة من الشفيع، فإن قلنا لا يخاصم المشتري أخذ الشفيع الشقص من البائع **وعهدته عليه** لأنه منه أخذ وإليه دفع الثمن، وإن قلنا يخاصمه فإن حلف أخذ الشفيع الشقص من البائع ورجع بالعهدة عليه، وإن نكل فحلف البائع سلم الشقص إلى المشتري وأخذ الشفيع الشقص من المشتري، ورجع بالعهدة عليه لأنه منه أخذ وإليه دفع الثمن، وإن أقر البائع بالبيع وقبض الثمن وأنكر المشتري فمن قال لا شفعة إذا لم يقر بقبض الثمن لم تثبت الشفعة إذا أقر بقبض، ومن قال تثبت الشفعة إذا لم يقر بقبض الثمن اختلفوا إذا أقر بقبضه، فمنهم من قال لا تثبت لأنه يأخذ الشقص من غير عوض وهذا لا يجوز، ومنهم من قال تثبت لأن البائع أقر له بحق الشفعة، وفي الثمن الأوجه الثلاثة والتي ذكرناها فيمن ادعى الشفعة على شريكه وحلف بعد نكول الشريك والله أعلم.

والفضة المسكوكة قوله: **(وعهدته عليه)** أي تبعته وما يلحق المشتري من استحقاق العين والشفعة وإصلاحه وتصحيحه عليه. قال الأزهري العهدة ضمان عيب كان معهوداً عند البائع.

كتاب القراض

القراض جائز لما روى زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم خرجا في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب رضي الله عنه **فرحب بهما وسهل** وقال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ثم قال: بل ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكما فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ثم تبيعانه في المدينة **وتوفران رأس المال** إلى أمير المؤمنين ويكون لكما ربحه. فقالا: وددنا ففعل فكتب إلى عمر أن يأخذ منهما المال فلما قدما وباعا وربحا فقال عمر: أكل الجيش قد أسلف كما أسلفكما فقالا: لا فقال عمر: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما أديا المال وربحه. فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال يا أمير المؤمنين لو هلك المال ضمناه، فقال أدياه فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً فأخذ رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال، ولأن الأثمان لا يتوصل إلى نمائها المقصود إلا بالعمل فجاز المعاملة عليها ببعض النماء الخارج منها كالنخل في المساقاة.

فصل: وينعقد بلفظ القراض لأنه لفظ موضوع له في لغة أهل الحجاز **وبلفظ المضاربة** لأنه موضوع له في لغة أهل العراق وبما يؤدي معناه لأن المقصود هو المعنى فجاز بما يدل عليه كالبيع بلفظ التمليك.

فصل: ولا يصح إلا على الأثمان وهي الدراهم والدنانير فأما ما سواهما من العروض والعقار والسبائك والفلوس، فلا يصح القراض عليها لأن المقصود بالقراض رد رأس المال والاشتراك في الربح، ومتى عقد على غير الأثمان لم يحصل المقصود لأنه ربما زادت قيمته فيحتاج أن يصرف العامل جميع ما اكتسبه في رد مثله إن كان له مثل

ومن كتاب القراض

القراض مشتق من القرض وهو القطع كأنه يقطع قطعة من ماله أو قطعة من الربح. وقيل اشتقاقه من المساواة يقال تقارض الشاعران إذا ساوى كل واحد منهما صاحبه في المدح قوله: **(فرحب بهما وسهل)** قال لهما مرحباً وسهلاً والرحب السعة والسهل ضد الوعر أي أتيتما رحباً وسهلاً أي وصادفتما سعة وسهولة من أمركما. وكذلك قولهم أهلاً وسهلاً أي أتيت أهلاً فاستأنس ولا تستوحش وقد رحب به ترحيباً إذا قال له مرحباً قوله: **(وتوفران رأس المال)** الوفر الكثير والموفور النامي والتوفير التكثير. والمعنى تردان رأس المال تاماً لا ينقص منه شيء. ومنه وفر عرضه إذا لم ينقص منه شيء. والنماء الزيادة وقد ذكر قوله: **(وبلفظ المضاربة)** هو من قولهم ضرب في الأرض إذا سار فيها يبتغي الرزق، قال الله تعالى:

وفي رد قيمته إن لم يكن له مثل وفي هذا إضرار بالعامل، وربما نقصت قيمته فيصرف جزءاً يسيراً من الكسب في رد مثله أورد قيمته ثم يشارك رب المال في الباقي وفي هذا إضرار برب المال، لأن العامل يشاركه في أكثر رأس المال وهذا لا يوجد في الأثمان لأنها لا تقوم بغيرها، ولا يجوز على المغشوش من الأثمان لأنه تزيد قيمته وتنقص كالعروض.

فصل: ولا يجوز إلا على مال معلوم الصفة والقدر فإن قارضه على دراهم جزاف لم يصح لأن مقتضى القراض رد رأس المال وهذا لا يمكن فيما لا يعرف صفته وقدره، فإن دفع إليه كيسين في كل واحد منهما ألف درهم فقال قارضتك على أحدهما وأودعتك الآخر ففيه وجهان: أحدهما يصح وأنهما متساويان، والثاني لا يصح لأنه لم يبين مال القراض من مال الوديعة، وإن قارضه على ألف درهم هي له عنده وديعة جاز لأنه معلوم، وإن قارضه على درهم هي له عنده مغصوبة ففيه وجهان: أحدهما يصح كالوديعة، والثاني لا يصح لأنه مقبوض عنده قبض ضمان فلا يصير مقبوضاً قبض أمانة.

فصل: ولا يجوز إلا على جزء من الربح معلوم فإن قارضه على جزء مبهم لم يصح لأن الجزء يقع على الدرهم والألف فيعظم الضرر، وإن قارضه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز لأن القراض كالمساقاة، وقد ساقى رسول الله ﷺ أهل خيبر على شطر ما يخرج من تمر وزرع، وإن قارضه على درهم معلوم لم يصح لأنه قد لا يربح ذلك الدرهم فيستضر العامل، وقد لا يربح إلا ذلك الدرهم فيستضر رب المال، وإن قال قارضتك على أن الربح بيننا ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه مجهول لأن هذا القول يقع على التساوي وعلى التفاضل، والثاني يصح لأنه سوى بينهما في الإضافة فحمل على التساوي كما لو قال هذه الدار لزيد وعمرو. وإن قال قارضتك على أن لي نصف الربح ففيه وجهان: أحدهما يصح ويكون الربح بينهما نصفين لأن الربح بينهما فإذا شرط لنفسه النصف دل على أن الباقي للعامل، والثاني لا يصح وهو الصحيح لأن الربح كله لرب المال بالملك، وإنما يملك العامل جزءاً منه بالشرط ولم يشرط له شيئاً فبطل. وإن قال قارضتك على أن لك النصف ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه لم يبين ما لرب المال، والثاني يصح وهو الصحيح لأن ما لرب المال لا يحتاج إلى شرط لأنه يملكه بملك المال وإنما يحتاج إلى شرط ما للعامل، فإذا شرط للعامل النصف بقي الباقي على ملك رب

﴿وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله﴾ [المزمل: ٢٠] وقال ﴿وإذا ضربتم﴾ [النساء: ١٠١] فكأن العامل يسير ويبطش في طلب الربح. وقال ابن الصباغ اشتقاقها من الضرب بالمال والتقليب، قال ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد بالربح بسهم

المال، فعلى هذا لو قال قارضتك على أن لك النصف ولي الثلث وسكت عن السدس صح، ويكون النصف له لأن الجميع له إلا ما شرطه للعامل، وقد شرط له النصف فكان الباقي له.

فصل: وإن قال قارضتك على أن الربح كله لي أو كله لك بطل القراض، لأن موضوعه على الاشتراك في الربح، فإذا شرط الربح لأحدهما فقد شرط ما ينافي مقتضاه فبطل، وإن دفع إليه ألفاً وقال تصرف فيه والربح كله لك فهو قرض لاحق لرب المال في ربحه، لأن اللفظ مشترك بين القراض والقرض وقد قرن به حكم القرض فانعقد القرض به كلفظ التمليك، لما كان مشتركاً بين البيع والهبة إذا قرن به الثمن كان بيعاً، وإن قال تصرف فيه والربح كله لي فهو بضاعة، لأن اللفظ مشترك بين القراض **والبضاعة** وقد قرن به حكم البضاعة فكان بضاعة كما قلنا في لفظ التمليك.

فصل: ولا يجوز أن يختص أحدهما بدرهم معلوم ثم الباقي بينهما لأنه ربما لم يحصل ذلك الدرهم فيبطل حقه وربما لم يحصل غير ذلك الدرهم فيبطل حق الآخر، ولا يجوز أن يخص أحدهما بربح ما في الكيسين، لأنه قد لا يربح في ذلك فيبطل حقه، أو لا يربح إلا فيه فيبطل حق الآخر، ولا يجوز أن يجعل حق أحدهما في عبد يشتريه، فإن شرط أنه إذا اشترى عبداً أخذه برأس المال أو أخذه العامل بحقه لم يصح العقد لأنه قد لا يكون في المال ما فيه ربح غير العبد فيبطل حق الآخر.

فصل: ولا يجوز أن يعلق العقد على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع والإجارة.

فصل: قال الشافعي رحمه الله: ولا تجوز الشريطة إلى مدة، فمن أصحابنا من قال لا يجوز شرط المدة فيه لأنه عقد معاوضة يجوز مطلقاً فبطل بالتوقيت كالبيع والنكاح، ومنهم من قال: إن عقده إلى مدة على أن لا يبيع بعدها لم يصح لأن العامل يستحق البيع لأجل الربح، فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما ينافي مقتضاه فلم يصح، وإن عقده إلى مدة على أن لا يشتري بعدها صح لأن رب المال يملك المنع من الشراء إذا شاء فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما يملكه بمقتضى العقد فلم يمنع صحته.

فصل: ولا يصح إلا على التجارة في جنس يعم كالثياب والطعام والفاكهة وقتها، فإن عقده على ما لا يعم كالياقوت الأحمر **والخيل البلق** وما أشبهها أو على التجارة في

والمضارب بكسر الراء هو العامل لأنه هو الذي يتصرف بالمال ويقلبه. والنقار والسبائك وجزاف قد ذكر قوله: **(بضاعة)** هي قطعة من مالك تبعث بها للتجارة يقال أبضعه الشيء واستبضعت.

قوله: **(والخيل البلق)** الأبلق من الخيل الذي فيه بياض وسواد قاله الجوهري. وقال

سلعة بعينها لم يصح لأن المقصود بالقراض الربح فإذا علق على ما لا يعم أو على سلعة بعينها تعذر المقصود لأنه ربما يتفق ذلك، ولا يجوز عقده على أن لا يشري إلا من رجل بعينه لأنه قد لا يتفق عنده ما يربح فيه أو لا يبيع منه ما يربح فيه فيبطل المقصود.

فصل: وعلى العامل أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه من النشر والطي والإيجاب والقبول وقبض الثمن ووزن ما خف كالعود والمسك، لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف، والعرف في هذه الأشياء أن يتولاها بنفسه، فإن استأجر من يفعل ذلك لزمه الأجرة في ماله، فأما ما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع ووزن ما يثقل وزنه فلا يلزمه أن يتولاه بنفسه، وله أن يستأجر من مال القراض من يتولاه لأن العرف في هذه الأشياء أن لا يتولاه بنفسه، فإن تولى ذلك بنفسه لم يستحق الأجرة لأنه تبرع به، وإن سرق المال أو غصب فهل يخاصم السارق والغاصب؟ فيه وجهان: أحدهما لا يخاصم لأن القراض معقود على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة، والثاني أنه يخاصم فيه لأن القراض يقضي حفظ المال والتجارة ولا يتم ذلك إلا بالخصومة والمطالبة.

فصل: ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير إذن رب المال لأن تصرفه بالإذن ولم يأذن له رب المال في القراض فلم يملكه، فإن قارضه رب المال على النصف وقارض العامل آخر واشترى الثاني في الذمة ونقد الثمن من مال القراض وربح بنينا على القولين في الغاصب إذا اشترى في الذمة ونقد فيه المال المغصوب وربح، فإن قلنا بقوله القديم إن الربح لرب المال فقد قال المزني ههنا إن لرب المال نصف الربح والآخر بين العاملين نصفين، واختلف أصحابنا في ذلك فقال أبو إسحاق هذا صحيح لأن رب المال رضي أن يأخذ نصف ربح فلم يستحق أكثر منه، والنصف الثاني بين العاملين لأنهما رضيا أن ما رزق الله بينهما والذي رزق الله تعالى هو النصف، فإن النصف الآخر أخذه رب المال فصار كالمستهلك، ومن أصحابنا من قال يرجع العامل الثاني على العامل الأول بنصف أجرة مثله، لأنه دخل على أن يأخذ نصف ربح المال ولم يسلم له ذلك، وإن قلنا بقوله الجديد فقد قال المزني الربح كله للعامل الأول وللعامل الثاني أجرة المثل، فمن أصحابنا من قال هذا غلط لأن على هذا القول الربح كله للعامل الثاني لأنه هو المتصرف فصار كالغاصب في غير القراض، ومنهم من قال الربح للأول كما قال المزني لأن العامل الثاني لم يشتر لنفسه، وإنما اشتراه للأول فكان الربح له بخلاف الغاصب في غير القراض، فإن ذلك اشتراه لنفسه فكان الربح له.

فصل: ولا يتجر العامل إلا فيما أذن فيه رب المال، فإن أذن له في صنف لم يتجر

غيره هو الذي يبلغ البياض مغابنه وحقويه ومواضع مرفقيه من تحجيل بياض يديه ورجليه

في غيره لأن تصرفه بالإذن فلم يملك ما لم يأذن له فيه، فإن قال له اتجر في البز جاز أن يتجر في أصناف البز من المنسوج من القطن **والابريسم** والكتان وما يلبس من الأصواف لأن اسم البزيقع على ذلك كله، ولا يجوز أن يتجر في البسط والفرش لأنه لا يطلق عليه اسم البز. وهل يجوز أن يتجر في **الأكسية البركانية**؟ فيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه يلبس فأشبه الثياب، والثاني لا يجوز لأنه لا يطلق عليه اسم البز ولهذا لا يقال لبائعه بزاز وإنما يقال له كسائي، ولو أذن له في التجارة في الطعام لم يجز أن يتجر في الدقيق ولا في الشعير لأن الطعام لا يطلق إلا على الحنطة.

فصل: ولا يشتري العامل بأكثر من رأس المال لأن الإذن لم يتناول غير رأس المال، فإن كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ثم اشترى آخر بألف قبل أن ينقد الثمن في البيع الأول فالأول للقراض لأنه اشتراه بالإذن، وأما الثاني فينظر فيه، فإن اشتراه بعين الألف فالشراء باطل لأنه اشتراه بمال استحق تسليمه في البيع الأول فلم يصح، وإن اشتراه بألف في الذمة كان العبد له ويلزمه الثمن في ماله لأنه اشترى في الذمة لغيره ما لم يأذن فيه فوقع الشراء.

فصل: ولا يتجر إلا على النظر والاحتياط فلا يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل لأنه وكيل فلا يتصرف إلا على النظر والاحتياط، وإن اشترى معيباً رأى شراءه جاز لأن المقصود طلب الحظ وقد يكون الربح في المعيب، وإن اشترى شيئاً على أنه سليم فوجده معيباً جاز له الرد لأنه فوض إليه النظر والاجتهاد فلك الرد.

فصل: وإن اختلفا فدعا أحدهما إلى الرد والآخر إلى الإمساك فعل ما فيه النظر لأن المقصود طلب الحظ لهما فإذا اختلفا حمل الأمر على ما فيه الحظ.

فصل: وإن اشترى من يعتق على رب المال بغير إذنه لم يلزم رب المال لأن القصد بالقراض شراء ما يربح فيه وذلك لا يوجد في شراء من يعتق عليه، وإن كان رب المال امرأة فاشترى العامل زوجها بغير إذنها ففيه وجهان: أحدهما لا يلزمها لأن المقصود شراء ما تنتفع به وشراء الزوج تستضربه لأن النكاح ينفسخ **وتسقط نفقتها واستمتاعها**، والثاني يلزمها لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه والزوج كغيره في الربح فلزمها شراؤه.

ذكره ابن قتيبة، قوله: **(والإبريسم)** هو الحرير بكسر الهمزة والراء مفتوح السين معرب وفيه لغات هذه أفصحها، قوله: **(الأكسية البركانية)** قال الجوهري: البركان على وزن الزعفران ضرب من الأكسية قوله: **(وتسقط نفقتها واستمتاعها)** هو ههنا استمتاعها بالنكاح، قوله: **(رب المال)** رب كل شيء مالكه مأخوذ من رب الصنعة إذا أصلحها وأتمها. ورب ولده بمعنى رباه.

فصل: ولا يسافر بالمال من غير إذن **رب المال** لأنه مأمور بالنظر والاحتياط وليس في السفر احتياط لأن فيه تغريراً بالمال، ولهذا يروى أن المسافر ومتاعه لعلى قلت فإن أذن له في السفر، فقد قال في موضع له أن ينفق من مال القراض وقال في موضع آخر لا نفقة له، فمن أصحابنا من قال: لا نفقة له قولاً واحداً لأن نفقته على نفسه فلم تلزم من مال القراض كنفقة الإقامة وتأول قوله على ما يحتاج إليه لنقل المتاع وما يحتاج إليه مال القراض، ومنهم من قال فيه قولان: أحدهما لا ينفق لما ذكرناه والثاني ينفق لأن سفره لأجل المال فكان نفقته منه كأجرة الحمال. فإن قلنا ينفق من مال القراض ففي قدره وجهان: أحدهما جميع ما يحتاج إليه لأن من لزمه نفقة غيره لزمه جميع نفقته، والثاني ما يزيد على نفقة الحضر لأن النفقة إنما لزمته لأجل السفر فلم يلزمه إلا ما زاد بالسفر.

فصل: وإن ظهر في المال ربح ففيه قولان: أحدهما أن الجميع لرب المال فلا يملك العامل حصته من الربح إلا بالقسمة، لأنه لو ملك حصته من الربح لصار شريكاً لرب المال حتى إذا هلك شيء كان هالكاً من المالين، فلما لم يجعل التالف من المالين دل على أنه لم يملك منه شيئاً، والثاني أن العامل يملك حصته من الربح، لأنه أحد المتقارضين فملك حصته من الربح بالظهور كرب المال.

فصل: وإن طلب أحد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاصلة فامتنع الآخر لم يجبر لأنه إن امتنع رب المال لم يجز إجباره، لأنه يقول الربح وقاية لرأس المال فلا أعطيك حتى تسلم لي رأس المال، وإن كان الذي امتنع هو العام لم يجز إجباره، لأنه يقول لا نأمن أن نخسر فنحتاج أن نرد ما أخذه، وإن تقاسما جاز لأن المنع لحقهما وقد رضيا فإن حصل بعد القسمة خسر إن لزم العامل أن يجبره بما أخذ لأنه لا يستحق الربح إلا بعد تسليمه رأس المال.

فصل: وإن اشترى العامل من يعتق عليه، فإن لم يكن في المال ربح لزم الشراء في مال القراض لأنه لا ضرر فيه على رب المال، فإن ظهر بعدما اشتراه ربح، فإن قلنا إنه لا يملك حصته قبل القسمة لم يعتق، وإن قلنا إنه يملك بالظهور فهل يعتق بقدر حصته؟ فيه وجهان: أحدهما أنه يعتق منه بقدر حصته لأنه ملكه فعتق، والثاني لا يعتق لأن ملكه غير مستقر لأنه ربما تلف بعض المال فلزمه جبرانه بماله. وإن اشترى وفي الحال ربح؛ فإن قلنا إنه لا يعتق عليه صح الشراء لأنه لا ضرر فيه على رب المال، وإن قلنا يعتق لم يصح الشراء لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه وهذا لا يوجد فيمن يعتق به.

فصل: والعامل أمين فيما في يده، فإن تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن

. . . .

لأنه نائب عن رب المال في التصرف فلم يضمن من غير تفريظ كالمودع، فإن دفع إليه ألفاً فاشترى عبداً في الذمة ثم تلف الألف قبل أن ينقده في ثمن العبد انفسخ القراض لأنه تلف رأس المال بعينه. وفي الثمن وجهان: أحدهما أنه على رب المال لأنه اشتراه له فكان الثمن عليه كما لو اشترى الوكيل في الذمة ما وكل في شرائه فتلف الثمن في يده قبل أن ينقده، والثاني أن الثمن على العامل لأن رب المال لم يأذن له في التجارة إلا في رأس المال فلم يلزمه ما زاد. وإن دفع إليه ألفين فاشترى بهما عبدين ثم تلف أحدهما ففيه وجهان: أحدهما يتلف من رأس المال وينفسخ فيه القراض لأنه بدل عن رأس المال فكان هلاكه كهلاكه، والثاني أنه يتلف من الربح لأنه تصرف في المال فكان في القراض، وإن قارضه رجلان على مالين فاشترى لكل واحد منهما جارية ثم أشكلتا عليه ففيه قولان: أحدهما تباعان فإن لم يكن فيهما ربح قسم بين ربي المال، وإن كان فيهما ربح شاركهما العامل في الربح، وإن كان فيهما خسران ضمن العامل ذلك لأنه حصل بتفريطه، والقول الثاني أن الجاريتين للعامل ويلزمه قيمتهما لأنه تعذر ردهما بتفريطه فلزمه ضمانهما كما لو أتلفهما.

فصل: ويجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء لأنه تصرف في مال الغير بإذنه فملك كل واحد منهما فسخه كالوديعة والوكالة، فإن فسخ العقد والمال من غير جنس رأس المال وتقاسماه جاز، وإن باعاه جاز لأن الحق لهما وإن طلب العامل البيع وامتنع رب المال أجبر لأن حق العامل في الربح وذلك لا يحصل إلا بالبيع فإن قال رب المال أنا أعطيك مالك فيه من الربح وامتنع العامل، فإن قلنا إنه ملك حصته من الربح بالظهور لم يجبر على أخذه كما لو كان بينهما مال مشترك وبذل أحدهما للآخر عوض حقه، وإن قلنا لا يملك ففيه وجهان بناء على القولين في العبد الجاني إذا امتنع المولى عن بيعه، وضمن للمجني عليه قيمته، أحدهما لا يجبر على بيعه لأن البيع لحقه وقد بذل له حقه، والثاني أنه يجبر لأنه ربما زاد مزايد ورغب راغب فزاد في قيمته، وإن طلب رب المال البيع وامتنع العامل أجبر على بيعه لأن حق رب المال في رأس المال، ولا يحصل ذلك إلا بالبيع، فإن قال العامل أنا أترك حقي ولا أبيع فإن قلنا إن العامل يملك حصته بالظهور لم يقبل منه لأنه يريد أن يهب حقه، وقبول الهبات لا يجب، وإن قلنا إنه لا يملك بالظهور ففيه وجهان: أحدهما لا يجبر على بيعه لأن البيع لحقه وقد تركه فسقط، والثاني يجبر لأن البيع لحقه ولحق رب المال في رأس ماله فإذا رضي بترك حقه لم يرض رب المال بترك رأس ماله، وإن فسخ العقد وهناك دين وجب على العامل أن يتقاضاه لأنه دخل في العقد على أن يرد رأس المال فوجب أن يتقاضاه ليرده.

. . . .

فصل: وإن مات أحدهما أو جن انفسخ لأنه عقد جائز فبطل بالموت والجنون كالوديعة والوكالة، وإن مات رب المال أو جن وأراد الوارث أو الولي أن يعقد القراض والمال عرض فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق يجوز لأنه ليس بابتداء قراض وإنما هو بناء على مال القراض فجاز، ومنهم من قال لا يجوز وهو الصحيح لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على غرض فلم يجز.

فصل: وإن قارض في مرضه على ربح أكثر من أجرة المثل ومات اعتبر الربح من رأس المال لأن الذي يعتبر من الثلث ما يخرجه من ماله، والربح ليس من ماله، وإنما يحصل بكسب العامل فلم يعتبر من الثلث، وإن مات وعليه دين قدم العامل على الغرماء لأن حقه يتعلق بعين المال فقدم على الغرماء.

فصل: وإن قارض قراضاً فاسداً وتصرف العامل نفذ تصرفه لأن العقد بطل وبقي الإذن فملك به التصرف، فإن حصل في المال ربح لم يستحق العامل منه شيئاً لأن الربح يستحقه بالقراض وقد بطل القراض، فأما أجرة المثل فإنه ينظر فيه؛ فإن لم يرض إلا بربح استحق لأنه لم يرض أن يعمل إلا بعوض فإذا لم يسلم له رجع إلى أجرة المثل، وإن رضي من غير ربح بأن قارضه على أن الربح كله لرب المال ففي الأجرة وجهان: أحدهما لا يستحق وهو قول المزني لأنه رضي أن يعمل من غير عوض فصار كالمتطوع بالعمل من غير قراض، والثاني أنه يستحق وهو قول أبي العباس لأن العمل في القراض يقتضي العوض فلا يسقط بإسقاطه كالوطء في النكاح. وإن كان له على رجل دين فقال إقبض مالي عليك فعزل الرجل ذلك وقارضه عليه لم يصح القراض لأن قبضه له من نفسه لا يصح، فإذا قارضه عليه فقد قارضه على مال لا يملكه فلم يصح، فإن اشترى العامل شيئاً في الذمة ونقد في ثمنه ما عزله لرب المال وربح ففيه وجهان: أحدهما أن ما اشتراه مع الربح لرب المال لأنه اشتراه له بإذنه ونقد فيه الثمن بإذنه وبرئت ذمته من الدين لأنه سلمه إلى من اشترى منه بإذنه، ويرجع العامل بأجرة المثل لأنه عمل ليسلم له الربح ولم يسلم فرجع إلى أجرة عمله، والثاني أن الذي اشتراه مع الربح له لاحق لرب المال فيه لأن رب المال عقد القراض على مال لا يملكه فلم يقع الشراء له.

فصل: وإن اختلف العامل ورب المال في تلف المال فادعاه العامل وأنكره رب المال، أو في الخيانة فادعاها رب المال وأنكر العامل فالقول قول العامل لأنه أمين والأصل عدم الخيانة فكان القول قوله كالمودع.

فصل: فإن اختلفا في رد المال فادعاه العامل وأنكره رب المال ففيه وجهان:

. . . .

أحدهما لا يقبل قوله لأنه قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير، والثاني يقبل قوله لأن معظم منفعته لرب المال لأن الجميع له إلا السهم الذي جعله للعامل فقبل قوله عليه في الرد كالمودع.

فصل: فإن اختلفا في قدر الربح المشروط فادعى العامل أنه النصف وادعى رب المال أنه الثلث تحالفا لأنهما اختلفا في عوض مشروط في العقدة فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن، فإن حلفا صار الربح كله لرب المال ويرجع العامل بأجرة المثل لأنه لم يسلم له المسمى فرجع ببدل عمله.

فصل: وإن اختلفا في قدر رأس المال فقال رب المال ألفان، وقال العامل ألف، فإن لم يكن في المال ربح فالقول قول العامل لأن الأصل عدم القبض فلا يلزمه إلا ما أقر به، وإن كان في المال ربح ففيه وجهان: أحدهما أن القول قول العامل لما ذكرناه، والثاني أنهما يتحالفان لأنهما اختلفا فيما يستحقان من الربح فتحالفا كما لو اختلفا في قدر الربح المشروط، والصحيح هو الأول لأن الاختلاف في الربح المشروط اختلاف في صفة العقد فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن، وهذا اختلاف فيما قبض فكان الظاهر مع الذي ينكر كالمتبايعين إذا اختلفا في قبض الثمن فإن القول قول البائع.

فصل: وإن كان في المال عبد فقال رب المال اشتريته للقراض، وقال العامل اشتريته لنفسي أو قال رب المال اشتريته لنفسك وقال العامل اشتريته للقراض، فالقول قول العامل لأنه قد يشتري لنفسه وقد يشتريه للقراض، ولا يتميز أحدهما عن الآخر إلا بالنية فوجب الرجوع إليه، فإن أقام رب المال البينة أنه اشتراه بمال القراض ففيه وجهان: أحدهما أنه يحكم بالبينة لأنه لا يشتري بمال القراض إلا للقراض. والثاني أنه لا يحكم بها لأنه يجوز أن يشتري لنفسه بمال القراض على وجه التعدي فلا يكون للقراض لبطلان البيع.

فصل: وإن كان في يده عبد فقال رب المال كنت نهيتك عن شرائه وأنكر العامل فالقول قول العامل لأن الأصل عدم النهي، ولأن هذا دعوى خيانة والعامل أمين فكان القول فيهما قوله.

فصل: وإن قال ربحت في المال ألفاً ثم ادعى أنه غلط فيه أو أظهر ذلك خوفاً من نزع المال من يده لم يقبل قوله لأن هذا رجوع عن الإقرار بالمال لغيره فلم يقبل كما لو أقر لرجل بمال ثم ادعى أنه غلط، فإن قال قد كان فيه ربح ولكنه هلك قبل قوله لأن دعوى التلف بعد الإقرار لا تكذب إقراره فقبل.

. . . .

باب العبد المأذون له في التجارة

لا يجوز للعبد أن يتجر بغير إذن المولى لأن منافعه مستحقة له فلا يملك التصرف فيها بغير إذنه، فإن رآه يتجر فسكت لم يصر مأذوناً له لأنه تصرف يفتقر إلى الإذن فلم يكن السكوت إذناً فيه كبيع مال الأجنبي، فإن اشترى شيئاً في الذمة فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الاصطخري وأبو إسحاق لا يصح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من العبد بغير إذن المولى كالنكاح، وقال أبو علي بن أبي هريرة يصح لأنه محجور عليه لحق غيره فصح شراؤه في الذمة كالمفلس، ويخالف النكاح فإنه تنقص به قيمته ويستضربه المولى فلم يصح من غير إذنه. فإن قلنا إنه يصح دخل المبيع في ملك المولى لأنه كسب للعبد، فكان للمولى كما لو احتشم أو اصطاد ويثبت الثمن في ذمته لأن إطلاق البيع يقتضي إيجاب الثمن في الذمة، فإن علم البائع برقه لم يطالبه حتى يعتق لأنه رضي بذمته فلزمه الصبر إلى أن يقدر كما نقول فيمن باع من مفلس، وإن لم يعلم ثم علم فهو بالخيار بين أن يصبر إلى أن يعتق وبين أن يفسخ البيع ويرجع إلى عين ماله لأنه تعذر الثمن فثبت الخيار كما نقول فيمن باع من رجل ثم أفلس بالثمن، وإن قلنا إن الشراء باطل وجب رد المبيع لأنه مقبوض عن بيع فاسد، فإن تلف في يد العبد أتبع بقيمته إذا عتق لأنه رضي بذمته، وإن تلف في يد السيد جاز له مطالبة المولى في الحال ومطالبة العبد إذا عتق لأنه ثبتت يد كل واحد منهما عليه بغير حق.

فصل: وإن أذن له في التجارة صح تصرفه لأن الحجر عليه الحق المولى وقد زال وما يكتسبه للمولى لأنه إن دفع إليه مالاً فاشترى به كان المشتري عوض ماله فكان له، وإن أذن له في الشراء في الذمة كان المشتري من أكسابه لأنه تناوله الإذن فإن لم يكن في يده شيء اتبع به إذا عتق لأنه دين لزمه برضى من له الحق فتعلق بذمته، ولا تباع فيه رقبته لأن المولى لم يأذن له في رقبته فلم يقض منها دينه.

فصل: ولا يتجر إلا فيما أذن به لأن تصرفه بالإذن فلا يملك إلا ما دخل فيه، فإن أذن له في التجارة لم يملك الإجارة، ومن أصحابنا من قال يملك إجارة ما يشتريه للتجارة لأنه من فوائد المال فملك العقد عليه كالصوف واللبن والمذهب الأول لأن المأذون فيه هو التجارة والإجارة ليست من التجارة فلم يملك بالإذن في التجارة.

فصل: ولا يبيع **بنسيئة** ولا بدون ثمن المثل لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف، والعرف هو البيع بالنقد وثمن المثل ولأنه يتصرف في حق غيره فلا يملك إلا ما فيه النظر والاحتياط، وليس فيما ذكرناه نظر ولا احتياط فلا يملك ولا يسافر بالمال لأن فيه تغريراً

قوله: (بنسيئة) النسيء والنسيئة التأخير وقد ذكر

بالمال، فلا يملك من غير إذن. وإن اشترى من يعتق على مولاه بغير إذنه ففيه قولان: أحدهما أنه لا يصح وهو الصحيح لأن الإذن في التجارة يقتضي ما ينتفع به ويربح فيه وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه، والثاني أنه يصح لأن العبد لا يصح منه الشراء لنفسه فإذا أذن له فقد أقامه مقام نفسه فوجب أن يملك جميع ما يملك. فإن قلنا يصح فإن لم يكن عليه دين عتق، وإن كان عليه دين ففيه قولان: أحدهما يعتق لأنه ملكه، والثاني لا يعتق لأن حقوق الغرماء تعلقت به، فإن اشتراه بإذنه صح الشراء، فإن لم يكن عليه دين عتق عليه، وإن كان عليه دين فعلى القولين ومتى صح العتق لزمه أن يغرم قيمته للغرماء لأنه أسقط حقهم منه بالعتق.

فصل: وإذا اكتسب العبد مالاً بأن احتش أو اصطاد أو عمل في معدن فأخذ منه مالاً أو ابتاع أو اتهب أو أوصى له بمال فقبل دخل ذلك في ملك المولى لأنها اكتساب ماله فكانت له، فإن ملكه مالاً ففيه قولان: قال في القديم يملكه لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من باع عبداً وله مال فما له للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»[1]، ولأنه يملك البضع فملك المال كالحر. وقال في الجديد: لا يملك لأنه سبب يملك به المال فلا يملك به العبد كالإرث، فإن ملكه جارية وأذن له في وطئها ملك وطئها في قوله القديم، ولا يملك في الجديد وإن ملكه نصاباً لم يجب زكاته على المولى في قوله القديم، ويجب في الجديد فإن وجب كفارة عليه كفر بالطعام والكسوة في قوله القديم، وكفر بالصوم في قوله الجديد، وأما العتق فلا يكفر به على القولين لأن العتق يتضمن الولاء والعبد ليس من أهل الولاء، وإن باعه وشرط المبتاع ماله جاز في قوله القديم أن يكون المال مجهولاً لأنه تابع، ولا يجوز في الجديد لأنه غير تابع والله أعلم.

. . . .

(١) رواه البخاري في كتاب المساقاة باب ١٧. مسلم في كتاب البيوع حديث٧٨. أبو داوود في كتاب البيوع باب ٤٢. الموطأ في كتاب البيوع حديث ٢. أحمد في مسنده (٢/٩، ٧٨).

كتاب المساقاة

تجوز المساقاة على النخل، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع، وتجوز على الكرم لأنه شجر تجب الزكاة في ثمرته فجازت المساقاة عليه كالنخل، وتجوز على الفسلان وصغار الكرم إلى وقت أن تحمل لأنه بالعمل عليها تحصل الثمرة كما تحصل بالعمل على النخل **والكرم**، ولا تجوز على **المباطخ والمقائئ** والعلف وقصب السكر لأنها بمنزلة الزرع فكان المساقاة عليها كالمخابرة على الزرع. واختلف قوله في سائر الأشجار المثمرة كالتين والتفاح فقال في القديم تجوز المساقاة عليها لأنها شجر مثمر فأشبه النخل والكرم، وقال في الجديد لا تجوز لأنه لا تجب الزكاة في ثماره فلم تجز المساقاة عليه **كالغرب والخلاف**، واختلف قوله في المساقاة على الثمرة الظاهرة فقال في الأم تجوز لأنه إذا جاز على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر فلأن تجوز على الثمرة الموجدة وهي من الغرر أبعد أولى، وقال في البويطي لا تجوز لأن المساقاة عقد على غرر وإنما أجيز على الثمرة المعدومة للحاجة إلى استخراجها بالعمل فإذا ظهرت الثمرة زالت الحاجة فلم تجز.

فصل: ولا تجوز إلا على شجر معلوم، وإن قال ساقيتك على أحد هذين الحائطين لم يصح لأنها معاوضة يخلف الغرض فيها باختلاف الأعيان فلم يجز على حائط غير معين كالبيع. وهل يجوز على حائط معين لم يره؟ فيه طريقان: أحدهما أنه على قولين كالبيع، والثاني أنه لا يصح قولاً واحداً لأن المساقاة معقودة على الغرر فلا يجوز أن يضاف إليها الغرر لعدم الرؤية بخلاف البيع.

فصل: ولا تجوز إلا على مدة معلومة لأنه عقد لازم فلو جوزناه مطلقاً **استبد العامل بالأصل** فصار كالمالك، ولا تجوز على أقل من مدة توجد فيها الثمرة فإن ساقاه على

قوله: **(الكرم)** هو العنب وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن تسميته به فقال «لا تقولوا الكرم فإن الكرم هو المؤمن». والودي والفسيل النخل الصغار قوله: **(المباطخ والمقائىء)** هو موضع البطيخ والقثاء. والمبطخة بالفتح موضع البطيخ، وضم الطاء فيه لغة. والمقثأة والمقثؤة موضع القثاء. والقثاء بالكسر والضم الخيار. وأقثأ القوم كثر عندهم القثاء، قوله: **(كالغرب والخلاف)** الغرب ضرب من الشجر يسمى بالفارسية إسبندار. والخلاف شجر يستخرج منه ماء طيب كماء الورد، وسمعناه بالتخفيف وروى بالتشديد. وذكر ابن قتيبة في كتاب عيون الأخبار أن الخلاف شجر سنط ثمره قبل تمامه وهو الصفصاف وقال الشاعر:

تـوق خـلافاً إن سـمـحـت بـمـوعـد ... لـتـسـلـم مـن لـوم الـورى وتـعـافـى

فلو صدق الصفصاف من بعد نوره ... إيـواء آفـة لـقـبـوه خـلافـاً

قوله: **(استبد العامل بالأصل)** أي انفرد به واختص دون رب المال والقسط الحصة والنصيب.

النخل أو على الودي إلى مدة لا تحمل لم يصح لأن يشتركا في الثمرة وذلك لا يوجد، فإن عمل العامل فهل يستحق أجرة المثل؟ فيه وجهان: أحدهما لا يستحق وهو قول المزني لأنه رضي أن يعمل بغير عوض فلم يستحق لأجرة كالمتطوع في غير المساقاة، والثاني أنه يستحق وهو قول أبي العباس لأن العمل في المساقاة يقتضي العوض فلا يسقط بالرضا بتركه كالوطء في النكاح. وإن ساقاه إلى مدة قد تحمل وقد لا تحمل ففيه وجهان: أحدهما أنها تصح لأنه عقد إلى مدة يرجى فيها وجود الثمرة فأشبه إذا ساقاه إلى مدة توجد الثمرة فيها في الغالب، والثاني أنها لا تصح وهو قول أبي إسحاق لأنه عقد على عوض موجود ولا الظاهر وجوده فلم يصح كما لو أسلم في معدوم إلى محل لا يوجد في الغالب، فعلى هذا إن عمل استحق أجرة المثل لأنه لم يرض أن يعمل من غير ربح ولم يسلم له الربح فرجع إلى بدل عمله. واختلف قوله في أكثر مدة الإجارة والمساقاة فقال في موضع سنة، وقال في موضع يجوز ما شاء، وقال في موضع يجوز ثلاثين سنة، فمن أصحابنا من قال فيه ثلاثة أقوال: أحدها لا تجوز بأكثر من سنة لأنه عقد على غرر أجيز للحاجة ولا تدعو الحاجة إلى أكثر من سنة لأن منافع الأعيان تتكامل في سنة، والثاني تجوز ما بقيت العين لأن كل عقد جاز إلى سنة جاز إلى أكثر منها كالكتابة والبيع إلى أجل، والثالث أنه لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة لأن الثلاثين شطر العمر ولا تبقى الأعيان على صفة أكثر من ذلك. ومنهم من قال هي على القولين الأولين وأما الثلاثون فإنما ذكره على سبيل التكثير لا على سبيل التجديد وهو الصحيح، فإن ساقاه إلى سنة لم يجب ذكر قسط كل شهر لأن شهور السنة لا تختلف منافعها، وإن ساقاه إلى سنتين ففيه قولان: أحدهما لا يجب ذكر كل سنة كما إذا اشترى أعياناً بثمن واحد لم يجب ذكر قسط كل عين منها، والثاني يجب لأن المنافع تختلف باختلاف السنين فإذا لم يذكر قسط كل سنة لم نأمن أن ينفسخ العقد فلا يعرف ما يرجع فيه من العوض، ومن أصحابنا من قال القولان في الإجارة فأما في المساقاة فإنه يجب ذكر قسط كل سنة من العوض لأن الثمار تختلف باختلاف السنين والمنافع لا تختلف في العادة باختلاف السنين.

فصل: وإذا ساقاه إلى عشر سنين فانقضت المدة ثم أطلعت ثمرة السنة العاشرة لم يكن للعامل فيها حق، لأنها ثمرة حدثت بعد انقضاء العقد إن أطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة هي طلع أو بلح تعلق بها حق العامل لأنها حدثت قبل انقضاء المدة. .

فصل: ولا تجوز إلا على جزء معلوم، فإن ساقاه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز لحديث ابن عمر، فإن عقد على جزء غير مقدر كالجزء والسهم والنصيب لم يصح

. . . .

لأن ذلك يقع على القليل والكثير فيعظم الغرر، وإن ساقاه على صاع معلوم لم يصح لأنه ربما لم يحصل ذلك، فيستضر العامل وربما لا يحصل إلا ذلك فيستضر رب النخل، وإن ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها لم يصح لأنه قد لا تحمل تلك النخلات فيستضر العامل أو لا يحمل إلا هي فيستضر رب النخل، وإن ساقاه عشر سنين وشرط له ثمرة السنة غير السنة العاشرة لم يصح لأنه شرط عليه بعد حقه عملاً لا يستحق عليه عوضاً، وإن شرط له ثمرة السنة العاشرة ففيه وجهان: أحدهما أنه يصح كما يصح أن يعمل في جميع السنة وإن كانت الثمرة في بعضها، والثاني لا يصح لأنه يعمل فيها مدة تثمر فيها ولا يستحق شيئاً من ثمرها.

فصل: ولا يصح إلا على عمل معلوم، فإن قال إن سقيته **بالسيح** فلك الثلث، وإن سقيته بالناضح فلك النصف، لم يصح لأنه عقد على مجهول.

فصل: وتنعقد بلفظ المساقاة لأنه موضوع له وتنعقد بما يؤدي معناه لأن القصد منه المعنى فصح بما دل عليه، فإن قال استأجرتك لتعمل فيه على نصف ثمرته لم تصح لأنه عقد الأجارة بعوض مجهول القدر فلم تصح.

فصل: ولا يثبت فيه خيار الشرط لأنه إذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه، وفي خيار المجلس وجهان: أحدهما يثبت فيه لأنه عقد لازم يقصد به المال فيثبت فيه خيار المجلس كالبيع، والثاني لا يثبت لأنه عقد لا يعتبر فيه قبض العوض في المجلس فلو ثبت فيه خيار المجلس لثبت فيه خيار الشرط كالبيع.

فصل: وإذا تم العقد لم يجز لواحد منهما فسخه لأن النماء متأخر عن العمل، فلو قلنا إنه يملك الفسخ لم يأمن أن يفسخ بعد العمل ولا تحصل له الثمرة.

فصل: وعلى العامل أن يعمل ما فيه مستزاد في الثمرة من **التلقيح وصرف الجريد وإصلاح الأجاجين** وتنقية السواقي والسقي وقع الحشيش المضر بالنخل، وعلى رب النخل عمل ما فيه حفظ الأصل من سد الحيطان ونصب الدولاب وشراء الثيران لأن ذلك يراد لحفظ الأصل، ولهذا من يريد إنشاء بستان فعل هذا كله، واختلف أصحابنا في

قوله: (**بالسيح**) ذكرنا أنه الماء الجاري على وجه الأرض وذكرنا النضح في الزكاة،

قوله: (**التلقيح وصرف الجريد وإصلاح الأجاجين**) التلقيح هو تأبير النخل. واللقاح ما تلقح به النخلة وهو طرح شيء من حمل الذكر في طلعة النخلة لتزكو وتثبت. وصرف الجريد هو تنحيته وإزالة ما يضر بالنخل منه. قال الأزهري هو أن يشذ به من سلائه ويدلل العذوق فيها بين الجريد لقاطفه. والتشذيب هو تنحية شوكه وتنقيته مما يخرج من شكيره والمضر به إن ترك عليه. والجريد الذي يجرد عنه الخوص ولا يسمى جريداً ما دام عليه الخوص وإنما

الجذاذ واللقاط فمنهم من قال لا يلزم العامل ذلك لأن ذلك يحتاج إليه بعد تكامل النماء، ومنهم من قال يلزمه لأنه لا تستغني عنه الثمرة.

فصل: وإن شرط العامل في القراض والمساقاة أن يعمل معه رب المال لم يصح لأن موضوع العقد أن يكون المال من رب المال والعمل من العامل، فإذا لم يجز شرط المال على العامل لم يجز شرط العمل على رب المال، وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فقد نص في المساقاة أنه يجوز، واختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه: فمنهم من قال لا يجوز فيهما لأن عمل الغلمان كعمل رب المال، فإذا لم يجر شرط عمله لم يجر شرط عمل غلمانه، وحمل قوله في المساقاة على أنه أراد ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره، والثاني يجوز فيهما لأن غلمانه ما له فجاز أن يجعل تابعاً لماله كالثور والدولاب والحمار لحمل المتاع بخلاف رب المال فإنه مالك فلا يجوز أن يجعل تابعاً لماله، والثالث أنه يجوز في المساقاة ولا يجوز في القراض لأن في المساقاة ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره فجاز أن يشترط فيها عمل غلمانه، وليس في القراض ما يلزم رب المال فلم يجر شرط غلمانه، فإذا قلنا إنه يجوز لم يصح حتى تعرف الغلمان بالرؤية أو الوصف ويجب أن يكون الغلمان تحت أمر العامل وأما نفقتهم فإنه إن شرط على العامل، جاز لأن بعملهم ينحفظ الأصل وتزكو الثمرة، وإن لم يشرط ففيه ثلاثة أوجه: أحدها أنها على العامل، لأن العمل مستحق عليه فكانت النفقة عليه، والثاني أنها على رب المال لأنه شرط عملهم عليه، فكانت النفقة عليه، والثالث أنها من الثمرة لأن عملهم على الثمرة فكانت النفقة منها.

فصل: وإذا ظهرت الثمرة ففيه طريقان: من أصحابنا من قال هي على القولين في العامل في القراض أحدهما تملك بالظهور، والثاني بالتسليم، ومنهم من قال في المساقاة تملك بالظهور قولاً واحداً لأن الثمرة لم تجعل وقاية لرأس المال فملك بالظهور والربح جعل وقاية لرأس المال فلم يملك بالظهور في أحد القولين.

فصل: والعامل أمين فيما يدعي من هلاك وفيما يدعى عليه من خيانة لأنه ائتمنه رب المال فكان القول قوله فإن ثبتت خيانته ضم إليه من يشرف عليه ولا تزال يده لأن العمل مستحق عليه ويمكن استيفاؤه منه فوجب أن يستوفي، وإن لم ينحفظ استؤجر عليه من ماله من يعمل عنه لأنه لا يمكن استيفاء العمل بفعله فاستوفى بغيره.

فصل: وإن هرب رفع الأمر إلى الحاكم ليستأجر من ماله من يعمل عنه، فإن لم

يسمى معفاً. والأجاجين جمع أجانة وهي التي تغسل فيها الثياب مثل المركن الكبير. والدولاب بفتح الدال ذكره في ديوان الأدب وغيره قوله: (**الجذاذ واللقاط**) قد ذكرنا الجذاذ

يكن مال اقترض عليه، فإن لم يجد من يقرضه فلرب النخل إن يفسخ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت له الفسخ كما لو اشترى عبداً فأبق من يد البائع، فإن فسخ نظرت؛ فإن لم تظهر الثمرة فهي لرب النخل لأن العقد زال قبل ظهورها وللعامل أجرة ما عمل، وإن ظهرت الثمرة فهي بينهما، فإن عمل فيه رب النخل أو استأجر من عمل فه بغير إذن الحاكم، لم يرجع لأنه متبرع، وإن لم يقدر على إذن الحاكم فإن لم يشهد لم يرجع لأنه متبرع، وإن أشهد ففيه وجهان: أحدهما يرجع لأنه موضع ضرورة، والثاني لا يرجع لأنه يصير حاكماً لنفسه على غيره، وهذا لا يجوز لا لضرورة ولا لغيرها.

فصل: وإن مات العامل قبل الفراغ فإن تمم الوارث العمل إستحق نصيبه من الثمرة، وإن لم يعمل، فإن كان له تركة استؤجر منهما من يعمل لأنه حق عليه يمكن استيفاؤه من التركة فوجب أن يستوفي كما لو كان عليه دين وله تركة، وإن لم تكن له تركة لم يلزم الوارث العمل لأن ما لزم الموروث لا يطالب به الوارث كالدين، ولا يقترض عليه لأنه لا ذمة له ولرب النخل أن يفسخ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، فإن فسخ كان الحكم فيه على ما ذكرناه في العامل إذا هرب.

فصل: وإن ساقى رجلاً على نخل على النصف فعمل فيه العامل وتقاسما الثمرة ثم استحق النخل رجع العامل على من ساقاه بالأجرة لأنه عمل بعوض، ولم يسلم له العوض فرجع ببدل عمله، فإن كانت الثمرة باقية أخذها المالك، فإن تلفت رجع بالبدل، فإن أراد تضمين الغاصب ضمنه الجميع لأنه حال بينه وبين الجميع، وإن أراد أن يضمن العامل ففيه وجهان: أحدهما يضمنه الجميع لأنه ثبتت يده على الجميع فضمنه كالعامل في القراض في المال المغصوب، والثاني لا يضمن إلا النصف لأنه لم يحصل في يده إلا ما أخذه بالقسمة وهو النصف فأما النصف الآخر فإنه لم يكن في يده لأنه لو كان في يده لزمه حفظه كما يلزم العامل في القراض.

فصل: إذا اختلف العامل ورب النخل في العوض المشروط فقال العامل شرطت لي النصف، وقال رب النخل شرطت لك الثلث، تحالفا لأنهما متعاقدان اختلفا في العوض المشروط ولا بينة فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن وبالله التوفيق.

باب المزارعة

لا تجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه لما روى سليم بن بشار أن رافع بن

وأنه قطع الثمرة عند انتهائه واللقاط ما لقط من الأرض وجمع ما يتناثر منه، وقيل الجذاذ في النخل والحصاد في الزرع واللقاط في الكرم. وتزكو الثمرة أي تزيد وتنمى قوله: **(من يشرف عليه)** أي يطلع عليه يقال أشرف على الشيء إذا أطلع عليه من علو، من الشرف وهو المكان

خديج قال: كنا **نخابر** على عهد رسول الله ﷺ وذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً وطاعة الله ورسوله أنفع لنا وأنفع قلنا وما ذاك قال رسول الله ﷺ «من كانت له أرض فليزرعها، ولا يكرها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى»(١) فأما إذا كانت الأرض بين النخل ولا يمكن سقي الأرض إلا بسقيها نظرت، فإن كان النخيل كثيراً والبياض قليلاً جاز أن تساقيه على النخل وتزارعه على الأرض، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من تمر وزرع، فإن عقد المزارعة على الأرض ثم عقد المساقاة على النخل لم تصح المزارعة، لأنها إنما أجيزت تبعاً للمساقاة للحاجة ولا حاجة قبل المساقاة، وإن عقدت بعد المساقاة ففيه وجهان: أحدهما لا تصح لأنه أفرد المزارعة بالعقد فأشبه إذا قدمت، والثاني تصح لأنهما يحصلان لمن له المساقاة، وإن عقدها مع المساقاة وسوى بينهما في العوض جاز لأن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع، فإن فاضل بينهما في العوض ففيه وجهان: أحدهما يجوز وهو الصحيح لأنهما عقدان فجاز أن يفاضل بينهما في العوض، والثاني لا يجوز لأنهما إذا تفاضلا تميزا فلم يكن أحدهما تابعاً للآخر، فإن كان النخل قليلاً والبياض كثيراً ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه لا يمكن سقي النخل إلا بسقي الأرض فأشبه الكثير، والثاني لا يجوز لأن البياض أكثر فلا يجوز أن يكون الأكثر تابعاً للأقل.

العالي قوله: (**نخابر**) المخابرة إكراء الأرض بالثلث والربع وقد ذكر.

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الرهون باب ٧، ٨. البخاري في كتاب الحرث باب ١٨. مسلم في كتاب البيوع حديث ٨٧ ـ ٨٩. الترمذي في كتاب الأحكام باب ٤٢. أحمد في مسنده (١/٢٨٦).

كتاب الإجارة

يجوز عقد الإجارة على **المنافع المباحة** والدليل عليه قوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم **فآتوهن أجورهن**﴾ [الطلاق: ٦] وروى سعيد بن المسيب عن سعد رضي الله عنه قال: كنا نكري الأرض بما على السواقي من الزرع فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورق. وروى أبو أمامة التيمي قال: سألت ابن عمر فقلت: إنا قوم نكري **في هذا الوجه** وإن قوماً **يزعمون** أن لا حج لنا. فقال ابن عمر: ألستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة إن رجلاً أتى النبي ﷺ فسأل عما تسألونني عنه فلم يرد عليه حتى نزل ﴿ليس عليكم جناح **أن تبتغوا فضلاً من ربكم**﴾ [البقرة: ١٩٨] فتلاها عليه. وروى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره، ولأن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز عقد البيع على الأعيان وجب أن يجوز عقد الإجارة على المنافع.

فصل: ولا تجوز على المنافع المحرمة، لأنه يحرم فلا يجوز أخذ العوض عليه كالميتة والدم.

فصل: واختلف أصحابنا في استئجار الكلب المعلم، فمنهم من قال: يجوز لأن فيه منفعة مباحة فجاز استئجاره كالفهد، ومنهم من قال لا يجوز وهو الصحيح لأن اقتناءه لا يجوز إلا للحاجة وهو الصيد وحفظ الماشية وما لا يقوم غير الكلب فيه مقامه إلا بمؤن، والدليل عليه قوله ﷺ «من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان» وما أبيح للحاجة لم يجز أخذ العوض عليه كالميتة، ولأنه لا يضمن منفعته بالغصب فدل على أنه لا قيمة لها.

فصل: واختلفوا في استئجار الفحل للضراب فمنهم من قال: يجوز لأنه يجوز أن يستباح بالإعارة فجاز أن يستباح بالإجارة كسائر المنافع، ومنهم من قال لا يجوز وهو الصحيح لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن ثمن **عسب** الفحل،

ومن كتاب الإجارة

الإجارة هي الأجر وبذل العمل قال الله تعالى: ﴿فسوف نؤتيه أجراً عظيماً﴾ [النساء: ١٤٤] وفيها لغتان الفتح والكسر قوله: **(المنافع المباحة)** ضد المحظورة احترز من الغناء أو حمل الخمر، قوله: **(فآتوهن أجورهن)** أي أعطوهن قوله: **(في هذا الوجه)** أي الجهة يعني الحج والوجه والجهة بمعنى والهاء عوض من الواو، ويقال هذا وجه الرأي أي هو الرأي نفسه. قوله: **(يزعمون)** يقال زعم زعماً وزعماً وزعماً أي قال قوله: **(أن تبتغوا فضلاً من ربكم)** الابتغاء طلب الرزق وغيره يقال بغاه سعة إذا طلبه. ومن اقتنى كلباً ذكر قوله: **(عسب)**

ولأن المقصود منه هو الماء الذي يخلق منه وهو محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عليه كالميتة والدم.

فصل: واختلفوا في استئجار الدراهم والدنانير ليجمل بها الدكان واستئجار الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال، فمنهم من قال يجوز لأنه منفعة مباحة فجاز الاستئجار لها كسائر المنافع، ومنهم من قال: لا يجوز وهو الصحيح لأن الدراهم والدنانير لا تراد للجمال ولا الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال فكان بذل العوض فيه من السفه، وأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل، ولأنه لا يضمن منفعتها بالغصب فلم يضمن بالعقد.

فصل: واختلفوا في الكافر إذا استأجر مسلماً إجارة معينة فمنهم من قال فيه قولان لأنه عقد يتضمن حبس المسلم فصار كبيع العبد المسلم منه، ومنهم من قال يصح قولاً واحداً لأن علياً كرم الله وجهه كان يستقي الماء لامرأة يهودية كل دلو بتمرة.

فصل: ولا يصح إلا من جائز التصرف في المال لأنه عقد يقصد به المال فلم يصح إلا من جائز التصرف في المال كالبيع.

فصل: وينعقد بلفظ الإجارة لأنه لفظ موضوع له وهل ينعقد بلفظ البيع؟ فيه وجهان: أحدهما ينعقد لأنه صنف من البيع، لأنه تمليك يتقسط العوض فيه على المعوض كالبيع فانعقد بلفظه، والثاني لا ينعقد لأنه يخالف البيع في الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح.

فصل: ويجوز على منفعة عين حاضرة مثل أن يستأجر ظهراً بعينه للركوب، ويجوز على منفعة عين في الذمة مثل أن يستأجر ظهراً في الذمة للركوب، ويجوز على عمل معين مثل أن يكتري رجلاً ليخيط له ثوباً أو يبني له حائطاً، ويجوز على عمل في الذمة مثل أن يكتري رجلاً ليحصل له خياطة ثوب، أو بناء حائط لأنا بينا أن الإجارة بيع والبيع يصح في عين حاضرة وموصوفة في الذمة فكذلك الإجارة، وفي استئجار عين لم يرها قولان: أحدهما لا يصح والثاني يصح ويثبت الخيار إذا رآها كما قلنا في البيع.

فصل: وتجوز على عين مفردة وعلى جزء مشاع، لأنا بينا أنه بيع والبيع يصح في المفرد والمشاع فكذلك الإجارة.

فصل: ولا تجوز إلا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها، فإن استأجر أرضاً

قال الجوهري: العسب الكراء الذي يؤخذ على ضرب الفحل، وقيل هو ضرابه وقيل ماؤه قال زهير:

فلولا عسبه لرددتموه وشر منيحة فحل معار

للزراعة لم تصح حتى يكون لها ماء يؤمن انقطاعه كماء العين، **والمد بالبصرة** والثلج والمطر في الجبل لأن المنفعة في الإجارة كالعين في البيع، فإذا لم يجز بيع عين لا يقدر عليها لم تجز إجارة منفعة لا يقدر عليها، فإن اكترى أرضاً على نهر إذا زاد سقي وإذا لم يزد لم يسق كأرض مصر والفرات وما انحدر من دجلة نظرت، فإن اكتراها بعد الزيادة صح العقد لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه فهو كبيع الطير في القفص، وإن كان قبل الزيادة لم يصح لأنه لم يعلم هل يقدر على المعقود عليه أو لا يقدر فلم يصح كبيع الطير في الهواء، وإن اكترى أرضاً لا ماء لها ولم يذكر أنه يكتريها للزراعة ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأن الأرض لا تكترى في العادة إلا للزراعة فصار كما لو شرط أنه يكتريها للزراعة، والثاني إن كانت الأرض عالية لا يطمع في سقيها صح العقد لأنه يعلم أنه لم يكترها للزراعة، وإن كانت مستقلة يطمع في سقيها بسوق الماء إليها من موضع لم يصح لأنه اكتراها للزراعة مع تعذر الزراعة، فإن اكترى أرضاً غرقت بالماء لزراعة ما لا يثبت في الماء كالحنطة والشعير نظرت؛ فإن كان **للماء مغيض** إذا فتح **انحسر الماء عن الأرض** وقدر على الزراعة صح العقد لأنه يمكن زراعتها بفتح المغيض كما يمكن سكنى الدار بفتح الباب، وإن لم يكن له مغيض ولا يعلم أن الماء ينحسر عنها لم يصح العقد لأنه لا يعلم هل يقدر على المعقود عليه أم لا يقدر فلم يصبح العقد كبيع ما في يد الغاصب، فإن كان يعلم أن الماء ينحسر وتنشفه الريح ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه لا يمكن استيفاء المنفعة في الحال، والثاني يصح وهو قول أبي إسحاق وهو الصحيح لأنه يعلم بالعادة إمكان الانتفاع به فإن اكترى أرضاً على ماء إذا زاد غرقت فاكتراها قبل الزيادة صح العقد لأن الغرق متوهم فلا يمنع صحة العقد.

فصل: وإن استأجر رجلاً ليعلمه بنفسه سورة وهو لا يحسنها ففيه وجهان: أحدهما يصح كما يصح أن يشتري سلعة بدراهم وهو لا يملكها ثم يحصلها ويسلم، والثاني لا يصح لأنه عقد على منفعة معينة لا يقدر عليها فلم يصح كما لو أجر عبد غيره

فصل: ولا تصح الإجارة إلا على منفعة معلومة القدر، لأنا بينا أن الإجارة بيع

قوله: **(والمد بالبصرة)** المد أحد عجائب البصرة، وخصائصها وذلك أن الماء في أنهارها يجري من الصبح إلى الظهر متصاعداً فإن كان نصب النهار رجع إلى البحر منحدراً ذكره المطرزي. وأما الذي يزرع عليه فإنه يفيض على الأرض عند الحاجة إلى الزراعة ثم يحزر عنها مدة يرتفع الزرع ثم يفيض عند الحاجة إليه للسقي، قوله: **(للماء مغيض)** أي موضع ينصب فيه الماء مَفعل من غاض الماء يغيض إذا نزف قوله: **(انحسر الماء عن الأرض)** أي نزف وغاض.

والبيع لا يصح إلا في معلوم القدر فكذلك الإجارة، ويعلم مقدار المنفعة بتقدير العمل أو بتقدير المدة، فإن كانت المنفعة معلومة القدر في نفسها كخياطة ثوب وبيع عبد والركوب إلى مكان قدرت بالعمل لأنها معلومة في نفسها فلا تقدر بغيرها، وإن قدر بالعمل والمدة بأن استأجره يوماً ليخيط له قميصاً فالإجارة باطلة لأنه يؤدي إلى التعارض وذلك أنه قد يفرغ من الخياطة في بعض اليوم، فإن طولب في بقية اليوم بالعمل **أخل بشرط العمل** وإن لم يطالب أخل بشرط المدة، فإن كانت المنفعة مجهولة المقدار في نفسها كالسكنى والرضاع وسقي الأرض والتطيين والتجصيص قدر بالمدة لأن السكنى وما يشبع به الصبي من اللبن وما تروى به الأرض من السقي يختلف ولا ينضبط، ومقدار التطيين والتجصيص لا ينضبط لاختلافهما في الرقة والثخونة فقدر بالمدة. واختلف أصحابنا في استئجار الظهر للحرث، فمنهم من قال يجوز أن يقدر بالعمل بأن يستأجره ليحرث أرضاً بعينها ويجوز أن يقدر بالمدة بأن يستأجره ليحرث له شهراً، ومنهم من قال لا يجوز تقديره بالمدة والأول أظهر لأنه يمكن تقديره بكل واحد منهم فجاز التقدير بكل واحد منهما.

فصل: وما عقد على مدة لا يجوز إلا على مدة معلومة الابتداء والانتهاء، فإن قال أجرتك هذه الدار كل شهر بدينار فالإجارة باطلة، وقال في الإملاء تصح في الشهر الأول وتبطل فيما زاد لأن الشهر الأول معلوم وما زاد مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول كما لو قال أجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه، والصحيح هو الأول لأنه عقد على الشهر وما زاد من الشهور وذلك مجهول فبطل، ويخالف هذا إذا قال أجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه لأن هناك أفرد الشهر الأول بالعقد، وههنا لم يفرد الشهر عما بعده بالعقد فبطل بالجميع، فإن أجره سنة مطلقة حمل على سنة بالأهلة لأن السنة المعهودة في الشرع سنة الأهلة والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج﴾ [البقرة: ١٨٩] فوجب أن يحمل العقد عليه، فإن كان العقد في أول الهلال عد اثني عشر شهراً بالأهلة تاماً كان الشهر أو ناقصاً، وإن كان في أثناء الشهر عد ما بقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهراً بالأهلة ثم كمل عدد الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوماً، لأنه تعذّر إتمامه بالشهر الهلالي فتمم بالعدد، فإن أجره **سنة شمسية** ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه على حساب أنسيء فيه أيام والنسيء حرام، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿إنما النسيء زيادة في الكفر﴾ [التوبة: ٣٧] والثاني أنه يصح لأنه وإن كان النسيء حراماً إلا أن المدة معلومة فجاز العقد عليها كالنيروز والمهرجان وفي أكثر المدة التي يجوز عقد الإجارة عليه طريقان ذكرناهما في المساقاة.

قوله: (**أخل بشرط العمل**) الخلل الإفساد في الأمر قوله: (**سنة شمسية**) وهي ثلثمائة وأربعة وستون يوماً على حساب مسير الشمس في الثمانية والعشرين منزلة فإنها تقيم في كل

فصل: ولا تصح الإجارة إلا على منفعة معلومة، لأن الإجارة بيع والمنفعة فيها كالعين في البيع والبيع لا يصح إلا في معلوم فكذلك الإجارة، فإن كان المكترى داراً لم يصح العقد عليها حتى تعرف الدار لأن المنفعة تختلف باختلافها فوجب العلم بها، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين لأنها لا تضبط بالصفة، فافتقر إلى التعيين كالعقار والجواهر في البيع. وهل يفتقر إلى الرؤية؟ فيه قولان بناء على القولين في البيع، ولا يفتقر إلى ذكر السكنى ولا إلى ذكر صفاتها لأن الدار لا تكترى إلا للسكنى وذلك معلوم بالعرف فاستغنى عن ذكرها كالبيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد معروف، وإن اكترى أرضاً لم يصح حتى تعرف الأرض لما ذكرناه في الدار ولا يصح حتى يذكر ما يكترى له من الزراعة والغراس والبناء لأن الأرض تكترى لهذه المنافع، وتأثيرها في الأرض يختلف فوجب بيانها. وإن قال أجرتك هذه الأرض لتزرعها ما شئت جاز لأنه جعل له زراعة أضر الأشياء، فأي صنف زرع لم يستوف به أكثر من حقه، وإن قال أجرتك لتزرع وأطلق ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأن الزروع مختلفة في التأثير في الأرض فوجب بيانها والثاني يصح لأن التفاوت بين الزرعين يقل، وإن قال أجرتك لتزرعها أو تغرسها لم يصح لأنه جعل له أحدهما ولم يعين فلم يصح كما قال بعتك أحد هذين العبدين وإن قال أجرتك لتزرعها وتغرسها ففيه وجهان: أحدهما لا يصح وهو قول المزني وأبي العباس وأبي إسحاق لأنه لم يبين المقدار من كل واحد منهما، والثاني يصح وله أن يزرع النصف ويغرس النصف، وهو ظاهر النص وهو قول أبي الطيب بن سلمة لأن الجمع يقتضي التسوية فوجب أن يكون نصفين.

فصل: وإن استأجر ظهراً للركوب لم يصح العقد حتى يعرف جنس المركوب، لأن الفرض يختلف باختلافه، ويعرف ذلك بالتعيين والوصف لأنه يضبط بالصفة فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والوصف كما قلنا في البيع، فإن كان في الجنس نوعان مختلفان في السير **كالمهملج والقطوف** من الخيل ففيه وجهان: أحدهما يفتقر إلى ذكره لأن سيرهما يختلف، والثاني لا يفتقر لأن التفاوت في جنس واحد يقل ولا يصح حتى يعرف الراكب، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين لأنه يختلف بثقله وخفته وحركته وسكونه ولا يضبط ذلك بالوصف فوجب تعيينه ولا يصح حتى يعرف ما يركب به من سرج وغيره، لأنه يختلف ذلك على المركوب والراكب، فإن كان عمارية أو محملاً ففيه ثلاثة أوجه: أحدها

منزلة ثلاثة عشر يوماً بلياليها، تجد ذلك في الضرب ثلثمائة وأربعة وستين قوله: (**المهملج والقطوف**) الهملجة ضرب من السير فارسي معرب. والهملاج واحد لهما ليج من البراذين ومشيتها الهملجة والقطوف من الدواب البطيء السير قال زهير:

أنه يجوز العقد عليه بالوصف، لأنه يمكن وصفه فجاز العقد عليه بالصفة كالسرج والقتب، والثاني إن كانت من المحامل البغدادية الخفاف جاز العقد عليه بالصفة لأنها لا تختلف، وإن كانت من الخراسانية الثقال لم يجز إلا بالتعيين لأنها تختلف وتتفاوت، والثالث وهو المذهب أنه لا يجوز إلا بالتعيين لأنها تختلف بالضيق والسعة والثقل والخفة وذلك لا يضبط بالصفة فوجب تعيينه. واختلف أصحابنا في المعاليق **كالقدر والسطيحة** فمنهم من قال: لا يجوز حتى يعرف قولاً واحداً لأنها تختلف فوجب العلم بها، ومنهم من قال فيه قولان: أحدهما لا يجوز حتى يعرف لما ذكرناه، والثاني يجوز وتحمل على ما جرت به العادة لأنه تابع غير مقصود فلم تؤثر الجهالة فيه كالغطاء في الإجارة والحمل في البيع، وإن كان السير في طريق فيه منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقاً لأنه معلوم بالعرف فجاز العقد عليه مطلقاً كالثمن في موضع فيه نقد متعارف، فإن لم يكن فيه منازل معروفة لم يصح حتى يبين لأنه مختلف لا عرف فيه فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه.

فصل: فإن استأجر ظهراً لحمل متاع صح العقد من غير جنس الظهر، لأنه لا غرض في معرفته ولا يصح حتى يعرف جنس المتاع إنه حديد أو قطن لأن ذلك يختلف على البهيمة، ولا يصح حتى يعرف قدره لأنه يختلف، فإن كان موزوناً ذكر وزنه، وإن كان مكيلاً ذكر كيله، فإن ذكر الوزن فهو أولى لأنه أخصر وأبعد من الغرر، فإن عرف بالمشاهدة جاز كما يجوز بيع الصبرة بالمشاهدة، وإن لم يعرف كيلها فإن شرط أن يحمل عليها ما شاء بطل العقد لأنه دخل في الشرط ما يقتل البهيمة وذلك لا يجوز فبطل به العقد، فأما الظروف التي فيها المتاع؛ فإنه إن دخلت في وزن المتاع صح العقد لأن الغرر قد زال بالوزن، وإن لم تدخل في وزن المتاع نظرت، فإن كانت ظروفاً معروفة كالغرائر الجبلية جاز العقد عليها من غير تعيين لأنها تتفاوت، وإن كانت غير معروفة لم يجز حتى تعين لأنها تختلف ولا تضبط بالصفة فوجب تعيينه.

فصل: فإن استأجر ظهراً للسقي لم يصح العقد حتى يعرف الظهر لأنه لا يجوز إلا على مدة، وذلك يختلف باختلاف الظهر فوجب العلم به على الأظهر، ويجوز أن يعرف ذلك بالتعيين والصفة لأنه يضبط بالصفة فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والصفة كما يجوز بيعه بالتعيين والصفة ولا يصح حتى يعرف الدولاب لأنه يتخلف، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين لأنه لا يضبط بالصفة فوجب تعيينه.

بـآرزة الـفـقـارة لـم يـخـنـهـا قـطـاف فـي الـركـاب ولا خـلاء

قوله: (**المعاليق كالقدر والسطيحة**) واحدها معلاق وهو ما يعلق بعروة أو غيرها من

فصل: وإن استأجر ظهراً للحرث لم يصح حتى يعرف الأرض لأنه يختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها، فإن كان **على جريان** لم يفتقر إلى العلم بالظهر لأنه لا يختلف، وإن كان على مدة وقلنا إنه يصح لم يجز حتى يعرف الظهر الذي يحرث به لأن العمل يختلف باختلافه ويعرف ذلك بالتعيين والصفة لما ذكرناه في السقي.

فصل: وإن استأجر ظهراً **للدياس** لم يصح حتى يعرف الجنس الذي يداس لأن العمل يختلف باختلافه، فإن كان على **زرع** معين لم يفتقر إلى ذكر الحيوان الذي يداس به لأنه لا غرض في تعيينه، فإن كان على مدة لم يصح حتى يعرف الحيوان الذي يداس به لأن العمل يختلف باختلافه.

فصل: وإن استأجر **جارحة** للصيد لم يصح حتى يعرف جنس الجارحة لأن الصيد يختلف باختلافه، ويعرف ذلك بالتعيين والصفة لأنه يضبط بالصفة، ولا يصح حتى يعرف ما يرسله عليه من الصيد لأن لكل صنف من الصيد تأثيراً في إتعاب الجارحة.

فصل: وإن استأجر رجلاً ليرعى له مدة لم يصح حتى يعرف جنس الحيوان، لأن لكل جنس من الماشية تأثيراً في إتعاب الراعي، ويجوز أن يعقد على جنس معين وعلى جنس في الذمة، فإن عقد على موصوف لم يصح حتى يذكر العدد لأن العمل يختلف باختلافه، ومن أصحابنا من قال يجوز مطلقاً ويحمل على ما جرت به العادة أن يرعاه الواحد من مائة أو أقل أو أكثر والأول أظهر لأن ذلك يختلف وليس فيه عرف واحد.

فصل: وإن استأجر امرأة للرضاع لم يصح العقد حتى يعرف الصبي الذي عقد على إرضاعه لأنه يختلف الرضاع باختلافه، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين لأنه لا يضبط بالصفة، ولا يصح حتى يذكر موضع الرضاع لأن الغرض يختلف باختلافه.

فصل: وإن استأجر رجلاً ليحفر له بئراً أو نهراً لم يصح العقد حتى يعرف الأرض، لأن الحفر يختلف باختلافها، ولا يصح حتى يذكر الطول والعرض والعمق لأن الغرض يختلف باختلافها، وإن استأجر لبناء حائط لم يصح العقد حتى يذكر الطول والعرض وما يبنى به من الآجر واللبن والجص والطين لأن الأغراض تختلف باختلافها، وإن استأجره

غير ربط ولا شد. والسطيحة سقاء معروف مسطح الصنعة وهو اسم يوافق معناه وهو من جلدين. قال الجوهري السطيحة والسطيح المزادة. وقد ذكر في الآنية قوله: **(على جربان)** هو جمع جريب وهي قطعة من الأرض معلومة الزرع. وقال بعضهم هي ساحة مربعة كل جانب منها ستون ذراعاً فيكون مساحتها ثلاثة آلاف وستمائة لبنة، قوله: **(الدياس للزرع)** هو استخراج الحب من السنبل معروف. وأصله من داس الشيء برجله يدوسه دوساً إذا وطئه.

قوله: **(جارحة)** جارحة الصيد ذكرت. والعمق هو الغور في أسفل الأرض قوله:

لضرب اللبن لم يصح حتى يعرف موضع الماء والتراب ويذكر الطول والعرض والسمك والعدد وعلى هذا جميع الأعمال التي يستأجر عليها، وإن كان فيما يختلف الغرض باختلافه ما لا يعرفه رجع فيه إلى أهل الخبرة ليعقد على شرطه كما إذا أراد أن يعقد النكاح ولم يعرف شروط العقد رجع إلى من يعرفه ليعقد بشروطه، وإن عجز عن ذلك فوضه إلى من يعرفه ليعقد بشرطه كما يوكل الأعمى في البيع والشراء من يشاهد المبيع.

فصل: وإن استأجر رجلاً ليلقنه سورة من القرآن لم يصح حتى يعرف السورة لأن الغرض يختلف باختلافها، وإن كان على تلاوة عشر آيات من القرآن لم يصح حتى يعينها لأن آيات القرآن تختلف، فإن كان على عشر آيات من سورة معينة ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأن الأعشار تختلف، والثاني يصح لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فعرضت نفسها عليه. فقال لها: «اجلسي بارك الله فيك أما نحن فلا حاجة لنا فيك ولكن تملكيننا أمرك قالت نعم: فنظر رسول الله ﷺ في وجوه القوم فدعا رجلاً منهم فقال: إني أريد أن أزوجك هذا إن رضيت فقالت ما رضيت لي يا رسول الله فقد رضيت ثم قال للرجل: هل عندك من شيء قال لا والله يا رسول الله قال: «ما تحفظ من القرآن»؟ قال: سورة البقرة والتي تليها قال: «قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك» وهل يفتقر إلى تعيين الحرف؟ فيه وجهان: أحدهما لا يصح حتى يعين الحرف لأن الأغراض تختلف باختلاف الحرف، والثاني لا يحتاج إلى تعيين الحرف لأن ما بين الأحرف من الاختلاف قليل.

فصل: وإن استأجر للحج والعمرة لم يصح حتى يذكر أنه إفراد أو قران أو تمتع لأن الأغراض تختلف باختلافها، فأما موضع الإحرام فقال في الأم لا يجوز حتى يعين، وقال في الإملاء إذا استأجر أجيراً أحرم من الميقات ولم يشرط التعيين. واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق المرزوي فيه قولان: أحدهما لا يجوز حتى يعين لأن الإحرام قد يكون من الميقات وقد يكون من دويرة أهله، وقد يكون من غيرهما، فإذا أطلق صار العقد على مجهول فلم يصح، والثاني أنه يجوز من غير تعيين ويحمل على ميقات الشرع لأن الميقات معلوم بالشرع فانصرف الإطلاق إليه كنقد البلد في البيع، ومن أصحابنا من قال إن كان الحج عن حي لم يجز حتى يعين لأنه يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه، وإن كان عن ميت جاز من غير تعيين لأنه لا يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه، وحمل القولين

(تعيين الحرف) وهو الوجه من وجوه القراءة كقراءة أبي عمرو ونافع. وقوله ﷺ: «أنزل القرآن على سبعة أحرف» قال الزمخشري الأحرف الوجوه والانحناء التي تنحوها القراء. يقال في حرف ابن مسعود كذا أي في وجهه الذي ينحرف إليه من وجوه القراءة.

على هذين الحالين. ومنهم من قال: إن كان للبلد ميقاتان لم يجز حتى يبين لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فوجب بيانه كالثمن في موضع فيه نقدان، وإن لم يكن له إلا ميقات واحد جاز من غير تعيين كالثمن في موضع ليس فيه إلا نقد واحد، وحمل القولين على هذين الحالين، فإن ترك التعيين وقلنا إنه لا يصح فحج الأجير انعقد الحج للمستأجر، لأنه فعله بإذنه مع فساد العقد فوقع له كما لو وكله وكالة فاسدة في بيع.

فصل: ولا تصح الإجارة إلا على أجرة معلومة، لأنه عقد يقصد به العوض فلم يصح من غير ذكر العوض كالبيع، ويجوز إجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها لأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع ثم الإعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع.

فصل: ولا تجوز إلا بعوض معلوم لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»[1] ولأنه عقد معاوضة فلم يجز بعوض مجهول كالبيع. وإن عقد بمال جزاف نظرت، فإن كان العقد على منفعة في الذمة ففيه قولان لأن إجارة المنفعة في الذمة كالسلم وفي السلم على مال جزاف قولان فكذلك في الإجارة، ومنهم من قال فيه قولان: أحدهما يجوز، والثاني لا يجوز لأنه عقد على منتظر، وربما انفسخ فيحتاج إلى الرجوع إلى العوض فكان في عوضه جزافاً قولان كالسلم، وإن كانت الإجارة على منفعة معينة جاز بأجرة حالة ومؤجلة، لأن إجارة العين كبيع العين وبيع العين يصح بثمن حال ومؤجل فكذلك الإجارة، فإن أطلق العقد وجبت الأجرة بالعقد، ويجب تسليمها بتسليم العين، لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «أعطوا الأجير أجره قبل **أن يجف رشحه**»[2] ولأن الإجارة كالبيع ثم في البيع يجب الثمن بنفس العقد، ويجب تسليمه بتسليم العين فكذلك في الأجرة فإن استوفى المنفعة استقرت الأخيرة، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: قال ربكم عز وجل: ثلاث أنا خصمهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه خصمته، رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره» ولأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع فإن سلم إليه العين التي وقع العقد على منفعتها ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء استقر البدل لأن المعقود عليه تلف تحت يده فاستقر عليه البدل كالمبيع إذا تلف في يد المشتري، فإن عرض العين على المستأجر ومضى زمان يمكن فيه الاستيفاء استقرت الأجرة، لأن المنافع تلفت باختياره فاستقر عليه

قوله: **(قبل أن يجف رشحه)** أي عرقه يقال رشح يرشح بالفتح رشحاً قوله: **(يمكن**

---

(١) رواه النسائي في كتاب الأيمان باب ٤٤. أحمد في مسنده (٣/ ٥٩، ٦٨).

(٢) رواه ابن ماجه في كتاب الرهون باب ٤.

ضمانها كالمشتري إذا أتلف المبيع في يد البائع فإن كان هذا في إجارة فاسدة استقر عليه أجرة المثل، لأن الإجارة كالبيع والمنفعة كالعين، ثم البيع الفاسد كالصحيح في استقرار البدل فكذلك في الإجارة، فإن كان العقد على منفعة في الذمة لم يجز بأجرة مؤجلة لأن إجارة ما في الذمة كالسلم، ولا يجوز السلم بثمن مؤجل فكذلك الإجارة ولا يجوز حتى يقبض العوض في المجلس كما لا يجوز في السلم، ومن أصحابنا من قال إن كان العقد بلفظ السلم وجب قبض العوض في المجلس لأنه سلم وإن كان بلفظ الإجارة لم يجب لأنه إجارة والأول أظهر لأن الحكم يتبع المعنى لا الإسم ومعناه معنى السلم فكان حكمه كحكمه، ولا تستقر الأجرة في هذه الإجارة إلا باستيفاء المنفعة، لأن المعقود عليه في الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه.

فصل: وما عقد من الإجارة على منفعة موصوفة في الذمة يجوز حالاً ومؤجلاً في الذمة كالسلم، والسلم يجوز حالاً ومؤجلاً فكذلك الإجارة في الذمة، وإن استأجر منفعة في الذمة وأطلق وجبت المنفعة حالة كما إذا أسلم في شيء وأطلق وجب حالاً، فإن استأجر رجلاً للحج في الذمة لزمه الحج من سنته فإن أخره عن السنة نظرت، فإن كانت الإجارة عن حي كان له أن يفسخ لأن حقه تأخر وله في الفسخ فائدة وهو أن يتصرف في الأجرة، فإن كانت عن ميت لم يفسخ لأنه لا يمكن التصرف في الأجرة إذا فسخ العقد ولا بد من استئجار غيره في السنة الثانية فلم يكن للفسخ وجه وما عقد على منفعة معينة لا يجوز إلا حالاً فإن كان على مدة لم يجز إلا على مدة يتصل ابتداؤها بالعقد، وإن كان على عمل معين لم يجز إلا في الوقت الذي يمكن الشروع في العمل لأن إجارة العين كبيع العين وبيع العين لا يجوز إلا على ما يمكن الشروع في قبضها فكذلك الإجارة، فإن استأجر من يحج لم يجز إلا في الوقت الذي يتمكن فيه من التوجه، فإن كان في موضع قريب لم يجز قبل شهر الحج لأنه يتأخر استيفاء المعقود عليه عن حال العقد، وإن كان في موضع بعيد لا يدرك الحج إلا أن يسير قبل أشهره لم يستأجر إلا في الوقت الذي يتوجه بعده لأنه وقت الشروع في الاستيفاء، فإن قال أجرتك هذه الدار شهراً لم يصح لأنه ترك تعيين المعقود عليه في عقد شرط فيه التعيين فبطل كما لو قال بعتك عبداً. فإن أجر داراً من رجل شهراً من وقت العقد ثم أجرها منه الشهر الذي بعده قبل انقضاء الشهر الأول ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه إجارة منفعة معينة على مدة متأخرة عن العقد فأشبه إذا أجرها من غيره، والثاني أنه يصح وهو المنصوص لأنه ليس لغيره يد تحول بينه وبين ما استأجره ولأن أحد شهريه لا ينفصل عن الآخر فأشبه إذا جمع بينهما في العقد.

الشروع فيه) أي الدخول فيه وابتداء العمل. وأصله الطريق إلى الماء.

فصل: فإن أكرى ظهراً من رجلين **يتعاقبان عليه** أو اكترى من رجل عقبة ليركب في بعض الطريق دون بعض جاز، وقال المزني لا يجوز اكتراء العقبة إلا مضموناً لأنه يتأخر حق أحدهما عن العقد فلم يجز كما لو أكراه ظهراً في مدة تتأخر عن العقد والمذهب الأول لأن استحقاق الاستيفاء مقارن للعقد وإنما يتأخر في القسمة وذلك لا يمنع صحة العقد كما لو باع من رجلين صبرة فإنه يصح، وإن تأخر حق أحدهما عند القسمة، فإن كان ذلك في طريق فيه عادة في الركوب والنزول جاز العقد عليه مطلقاً وحملا في الركوب والنزول على العادة لأنه معلوم بالعادة فحمل الإطلاق عليه كالنقد المعروف في البيع، وإن لم يكن فيه عادة لم يصح حتى يبين مقدار ما يركب كل واحد منهما لأنه غير معلوم بالعادة فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه، فإن اختلفا في البادىء في الركوب أقرع بينهما فمن خرجت عليه القرعة قدم لأنهما تساويا في الملك فقدم بالقرعة.

فصل: وما عقد من الإجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار لأن الخيار يمنع من التصرف، فإن حسب ذلك على المكرى زدنا عليه المدة، وإن حسب على المكترى نقصنا من المدة، وهل يثبت فيه خيار المجلس؟ فيه وجهان: أحدهما لا يثبت لما ذكرناه من النقصان والزيادة في خيار الشرط، والثاني يثبت لأنه قدر يسير ولكل واحد منهما إسقاطه، وإن كان الإجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه: أحدها لا يثبت فيه الخياران لأنه عقد على غرر فلا يضاف إليه غرر الخيار، والثاني يثبت فيه الخياران لأن المنفعة المعينة كالعين المعينة في البيت، ثم العين المعينة يثبت فيها الخيارن فكذلك المنفعة، والثالث يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط لأنه عقد على منتظر فيثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط كالسلم، وإن كانت الإجارة على منفعة في الذمة ففيه وجهان: أحدهما لا يثبت فيه الخياران لأنه عقد على غرر فلا يضاف إليه غرر الخيار، والثاني يثبت فيه خيار المجلس دون الشرط لأن الإجارة في الذمة كالسلم، وفي السلم يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط فكذلك في الإجارة.

فصل: وإذا تم العقد لزم ولم يملك واحد منهما أن ينفرد بفسخه من غير عيب لأن الإجارة كالبيع، ثم البيع إذا تم لزم فكذلك الإجارة وبالله التوفيق.

باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما

يجب على المكري ما يحتاج إليه المكتري للتمكين من الانتفاع كمفتاح الدار وزمام

قوله: **(يتعاقبان عليه)** يتعاقبان يتناوبان فينزل هذا نوبة وهذا نوبة. واكتراء عقبة أي نوبة. والليل والنهار يتعاقبان أي يجيء أحدهما بعقب الآخر.

ومن باب ما يلزم المتكاريين

قوله: **(زمام الجمل والبرة التي في أنفه)** الزمام الخيط الذي يشد في البرة ثم يشد في

الجمل والبرة التي في أنفه والحزام والقتب والسرج واللجام للفرس لأن التمكين عليه، ولا يحصل التمكين إلا بذلك، فإن تلف شيء منه في يد المكتري لم يضمنه كما لا يضمن العين المستأجرة، وعلى المكري بدله لأن التمكين مستحق عليه إلى أن يستوفى المستأجر المنفعة، وما يحتاج إليه لكمال الانتفاع كالدلو والحبل والمحمل والغطاء فهو على المكتري لأن ذلك يراد لكمال الانتفاع، واختلف أصحابنا فيما يشد به أحد المحملين إلى الآخر فمنهم من قال هو على المكري لأنه من آلة التمكين فكان على المكري، ومنهم من قال هو على المكتري لأنه بمنزلة تأليف المحمل وضم بعضه إلى بعض.

فصل: وعلى المكري **إشالة المحمل وحطه** وسوق الظهر وقوده، لأن العادة أنه يتولاه المكري فحمل العقد عليه، وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض لأنه لا يمكن ذلك على الظهر، ولا يجب ذلك للأكل وصلاة النفل لأنه يمكن فعله على الظهر، وعليه أن يبرك الجمل للمرأة والمريض والشيخ الضعيف لأن ذلك من مقتضى التمكين من الانتفاع، فكان عليه، فأما أجرة الدليل فينظر فيه؛ فإن كانت الإجارة على تحصيل الراكب فهو على المكري لأن ذلك من مؤن التحصيل، وإن كانت الإجارة على ظهر بعينه فهو على المكتري، لأن الذي يجب على المكري تسلم الظهر وقد فعل، وعلى المكري تسليم الدار **فارغة الحش** لأنه من مقتضى التمكين فإن امتلأ في يد المكتري ففي **كسحه** وجهان: أحدهما أنه على المكري لأنه من مقتضى التمكين فكان عليه. والثاني أنه على المكتري لأنه حصل بفعله فكان تنقيته عليه كتنظيف الدار من القماش، وعلى المكري إصلاح ما تهدم من الدار وإبدال ما تكسر من الخشب لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه، واختلف أصحابنا في المستأجرة على الرضاع هل يلزمها الحضانة وغسل الخرق فمنهم من قال يلزمها لأن الحضانة تابعة للرضاع فاستحقت بالعقد على الرضاع، ومنهم من قال لا يلزمها لأنهما منفعتان مقصودتان تنفرد إحداهما عن الأخرى فلا تلزم بالعقد على إحداهما الأخرى، وعليها أن تأكل وتشرب ما يدر به اللبن ويصلح به وللمستأجر أن يطالبها بذلك، لأن من مقتضى التمكين من الرضاع وفي تركه إضرار بالصبي.

طرفه المقود، وقد يسمى المقود زماماً. والبرة حلقة من نحاس أو غيره يجعل في لحم أنف البعير. وقيل إن كانت من صفر فهي برة؛ وإن كانت من شعر فهي خزامة. وإن كانت من خشب فهي خشاش.

خشاش قوله: **(إشالة المحمل وحطه)** أي رفعه على الظهر. وحطه وضعه على الأرض يقال أشلت الجرة فشالت وشلت بالجرة أشول بها شولاً رفعتها قوله: **(فارغة الحش)** هو الكنيف وأصله النخل المجتمع وقد ذكر قوله: **(كسحه)** أي كنسه كسحت البئر كنستها

فصل: وعلى المكري **علف الظهر** وسقيه لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه، فإن هرب الجمال وترك الجمال فللمستأجر أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليحكم في مال الجمال بالعلف لأن ذلك مستحق عليه فجاز أن يتوصل بالحكم إليه، فإن أنفق المستأجر ولم يستأذن الحاكم لم يرجع لأنه متطوع، وإن رفع الأمر إلى الحاكم ولم يكن للجمال مال اقترض عليه، فإن اقترض من المستأجر وقبضه منه ثم دفعه إليه لينفق جاز، وإن لم يقبض منه ولكنه أذن له في الإنفاق عليها قرضاً على الجمال ففيه قولان: أحدهما لا يجوز لأنه إذا أنفق احتجنا أن يقبل قوله في استحقاق حق له على غيره، والثاني يجوز لأنه موضع ضرورة لأنه لا بد للجمال من علف وليس ههنا من ينفق غيره، فإن أذن له وأنفق ثم اختلفا في قدر ما أنفق فإن كان ما يدعيه زيادة على المعروف لم يلتفت إليه، لأنه إن كان كاذباً فلا حق له، وإن كان صادقاً فهو متطوع بالزيادة فلم تصح الدعوى، وإن كان ما يدعيه هو المعروف فالقول قوله لأنه مؤتمن في الإنفاق فقبل قوله فيه، فإن لم يكن حاكم فأنفق ولم يشهد لم يرجع لأنه متطوع، وإن أشهد فهل يرجع فيه وجهان: أحدهما لا يرجع لأنه يثبت حقاً لنفسه على غيره من غير إذن ولا حاكم، والثاني يرجع لأنه حق على غائب تعذر استيفاؤه منه فجاز أن يتوصل إليه بنفسه كما لو كان له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه، فإن لم يجد من يشهد أنفق وفي الرجوع وجهان: أحدهما لا يرجع لما ذكرناه فيه إذا أشهد، والثاني يرجع لأن ترك الجمال مع العلم أنه لا بد لها من العلف إذن في الإنفاق.

فصل: واختلف أصحابنا في رد المستأجر بعد انقضاء الإجارة فمنهم من قال لا يلزمه قبل المطالبة لأنه أمانة فلا يلزمه ردها قبل الطلب كالوديعة، ومنهم من قال يلزمه لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له في إمساكها فلزمها الرد كالعارية المؤقتة بعد انقضاء وقتها، فإن قلنا لا يلزمه الرد لم يلزمه مؤنة الرد كالوديعة، وإن قلنا يلزمه لزمه مؤنة الرد كالعارية.

فصل: وللمستأجر أن يستوفي مثل المنفعة المعقود عليها بالمعروف، لأن إطلاق

والمكسحة المكنسة. والقماش هو ما يجتمع في البيت فيكنسه، وأصل القمش الجمع من هنا وهنا والقماش متاع البيت أيضاً قوله: (**علف الظهر**) بإسكان اللام هو المصدر والعلف بالفتح هو الاسم لما تعلفه الدابة من الحشيش والشعير وغيره كالقبض والقبض والسبق والسبق، والمحمل واحد محامل الحاج بفتح الميم الأولى وكسر الثانية، كالمواضع لأنه موضع الركوب والمحمل مثل المرجل علاقة السيف، وهو السير الذي يتقلده المتقلد قال امرؤ القيس:

العقد يقتضي المتعارف والمتعارف كالمشروط، فإن استأجر داراً للسكنى جاز أن يطرح فيها المتاع لأن ذلك متعارف في السكنى، ولا يجوز أن يربط فيها الدواب ولا يقصر فيها الثياب ولا يطرح في أصول حيطانها الرماد والتراب لأن ذلك غير متعارف في السكنى، وهل يجوز أن يطرح فيها ما يسرع إليه الفساد؟ فيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأن الفأر ينقب الحيطان للوصول إلى ذلك، والثاني يجوز وهو الأظهر لأن طرح ما يسرع إليه الفساد من الطاهر والمأكول متعارف في سكنى الدار فلم يجز المنع منه، وإن اكترى قميصاً للبس لم يجز أن ينام فيه بالليل ويجوز بالنهار لأن العرف أن يخلع لنوم الليل دون نوم النهار، وإن استأجر ظهر للركوب ركب عليه لا مستلقياً ولا منكباً لأن ذلك هو المتعارف، وإن كان في طريق العادة فيه السير في أحد الزمانين من ليل أو نهار لم يسر في الزمان الآخر لأن ذلك هو المتعارف، وإن اكترى ظهراً في طريق العادة فيه **النزول للرواح** ففيه وجهان: أحدهما يلزمه النزول لأن ذلك متعارف والمتعارف كالمشروط، والثاني لا يلزمه لأنه عقد على الركوب في جميع الطريق فلا يلزمه تركه في بعضه، فإن اكترى ظهراً إلى مكة لم يجز أن يحج عليه لأن ذلك زيادة على المعقود عليه، وإن اكتراه للحج عليه فله أن يركبه إلى منى ثم إلى عرفة ثم إلى المزدلفة ثم إلى منى ثم إلى مكة، وهل يجوز أن يركبه من مكة عائداً إلى منى للمبيت والرمي؟ فيه وجهان: أحدهما له ذلك لأنه من تمام الحج، والثاني ليس له لأنه قد حل من الحج.

فصل: فإن اكترى ليحمل له أرطالاً من الزاد فهل له أن يبدل مال يأكله فيه قولان: أحدهما له أن يبدل وهو اختيار المزني كما أن له أن يبدل ما يشرب من الماء، والثاني ليس له أن يبدله لأن العادة أن الزاد يشتري موضعاً واحداً بخلاف الماء. قال أبو إسحاق: هذا إذا لم تختلف قيمة الزاد في المنازل، فأما إذا كانت قيمته تختلف في المنازل جاز له أن يبدله قولاً واحداً لأنه له غرضاً أن لا يشتري موضعاً واحداً.

---

* حتى بل دمعي محملي *

ذكره في الصحاح وفي ديوان الأدب والمحمل بفتح اليمين هو المصدر مثل قوله عليه السلام: «لا تردوا الطيب فإنه خفيف المحمل» قوله: (**لا مستلقياً ولا منكباً**) يقال في اللغة استلقى على قفاه وانكب على وجهه نقيضه وفي الفقه معناه وصورته في قول أبي إسحاق المكبوب أن يضيق قيد المحمل من مؤخر البعير ويوسع قيد المحمل من مقدم البعير والمستلقي أن يوسع مؤخره، ويضيق مقدمه، والمكبوب أسهل على الجمل، والمستلقي أسهل على الراكب ومنهم من قال: المكبوب أن يضيق قيد المحمل من مقدم المحمل ومن المؤخر، والمستلقي أن يوسعهما قوله: (**النزول للرواح**) يعني راحة الدابة وقيل السير بعد

فصل: وإن اكترى ظهراً فله أن يضربه **ويكبحه باللجام** ويركضه بالرجل للاستصلاح، لما روى جابر قال: سافرت مع رسول الله ﷺ فاشترى مني بعيراً وحملني عليه إلى المدينة وكان يسوقه وأنا راكبه وإنه ليضربه بالعصا ولا يتوصل إلى استيفاء المنفعة إلا بذلك فجاز له فعله.

فصل: وللمستأجر أن يستوفى مثل المنفعة المعقود عليها وما دونها في الضرر، ولا يملك أن يستوفي ما فوقها في الضرر، فإن اكترى ظهراً ليركبه في طريق فله أن يركبه في مثله وما دونه **في الخشونة** ولا يركبه فيما هو أخشن منه، فإن استأجر أرضاً ليزرع فيها الحنطة فله أن يزرع مثلها وما دونها في الضرر، ولا يزرع ما فوقها لأن في مثلها يستوفي قدر حقه، وفيما دونها يستوفي بعض حقه، وفيما فوقها يستوفي أكثر من حقه. فإن اكترى ظهراً ليحمل عليه القطن لم يحمل عليه الحديد لأنه أضر على الظهر من القطن لاجتماعه وثقله فإن اكتراه للحديد لم يحمل عليه القطن لأنه أضر من الحديد لأنه يتجافى ويقع فيه الريح فيتعب الظهر فإن اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه عرياً لأن ركوبه عرياً أضر، فإن اكتراه عرياً لم يركبه بسرج لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه، فإن اكترى ظهراً ليركبه لم يجز أن يحمل عليه المتاع لأن الراكب يعين الظهر بحركته والمتاع لا يعينه فإن اكتراه لحمل المتاع لم يجز أن يركبه لأن الراكب أشد على الظهر، لأنه يقعد في موضع واحد، والمتاع يتفرق على جنبيه، فإن اكترى قميصاً للبس لم يجز أن يتزر به لأن الإتزار أضر من اللبس لأنه يعتمد فيه على طاقين وفي اللبس يعتمد فيه **على طاق** واحد. وهل له أن يرتدي به فيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه أخف من اللبس، والثاني لا يجوز لأنه استعمال غير معروف فلا يملكه كالاتزار.

فصل: وله أن يستوفي المنفعة بنفسه وبغيره فإن اكترى داراً ليسكنها فله أن يسكنها مثله ومن هو دونه في الضرر ولا يسكنها من هو أضر منه، فإن اكترى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لما ذكرناه في الفصل قبله.

فصل: فإن استأجر عيناً لمنفعة وشرط عليه أن لا يستوفي مثلها أو دونها أو لا يستوفيها لمن هو مثله أو دونه ففيه ثلاثة أوجه: أحدها أن الإجارة باطلة لأنه شرط فيها ما ينافي موجبها فبطلت، والثاني أن الإجارة جائزة والشرط باطل لأنه شرط لا يؤثر في حق

العصر قوله: **(يكبحه باللجام)** كبحت الدابة إذا جذبتها إليك باللجام لتقف، قوله: **(الخشونة)** الخشونة في الطريق أن يكون معها حجارة أو حصى وشبه ذلك قوله: **(على طاق)** الطاق العطف من أعطاف الثوب والطاقان عطفان والطاق أيضاً ما عطف من الآنية؛ والجمع الطاقات والطيقان ويقال طاق فعل وطاقة ريحان.

المؤجر فألغي وبقي العقد على مقتضاه، والثالث أن الإجارة جائزة والشرط لازم لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به.

فصل: وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها لأن الإجارة كالبيع وبيع المبيع يجوز بعد القبض فكذلك إجارة المستأجر، ويجوز من المؤجر وغيره كما يجوز بيع المبيع من البائع وغيره، وهل يجوز قبل القبض فيه ثلاثة أوجه: أحدها لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض، والثاني يجوز لأن المعقود عليه هو المنافع والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين فلم يؤثر فيها قبض العين، والثالث أنه يجوز إجارتها من المؤجر لأنها في قبضته، ولا يجوز من غيره لأنها ليست في قبضته، ويجوز أن يؤجرها برأس المال وبأقل منه وبأكثر لأنا بينا أن الإجارة بيع وبيع المبيع يجوز برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه فكذلك الإجارة.

فصل: وإن استأجر عيناً لمنفعة فاستوفى أكثر منها، فإن كانت زيادة تتميز بأن اكترى ظهراً ليركبه إلى مكان فجاوز أو ليحمل عليه عشرة أقفزة فحمل عليه أحد عشر قفيزاً لزمه المسمى لما عقد عليه، وأجرة المثل لما زاد لأنه استوفى المعقود عليه فاستقر عليه المسمى واستوفى زيادة فلزمه ضمان مثلها كما لو اشترى عشرة أقفزة فقبض أحد عشر قفيزاً، فإن كانت الزيادة لا تتميز بأن اكترى أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها دخناً فقد اختلف أصحابنا فيه؛ فذهب المزني وأبو إسحاق إلى أن المسألة على قولين: أحدهما يلزمه أجرة المثل للجميع لأنه تعدى بالعدول عن المعقود عليه إلى غيره فلزمه ضمان المثل كما لو اكترى أرضاً للزراعة فزرع أرضاً أخرى، والثاني يلزمه المسمى وأجرة المثل للزيادة لأنه استوفى ما استحقه وزيادة فأشبه إذا استأجر ظهراً إلى موضع **فجاوزه**. وذهب القاضي أبو حامد المروروذي إلى أن المسألة على قول واحد وأن صاحب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وأجرة المثل للزيادة، وبين أن يأخذ أجره المثل للجميع، لأنه أخذ شبهاً ممن استأجر ظهراً إلى مكان فجاوزه وشبهاً ممن اكترى أرضاً للزرع فزرع غيرها فخير بين الحكمين

فصل: وإن أجره عيناً ثم أراد أن يبدلها بغيرها لم يملك لأن المستحق معين فلم يملك إبداله بغيره كما لو باع عيناً فأراد أن يبدلها بغيرها.

فصل: فإن استأجر أرضاً مدة للزراعة، فأراد أن يزرع ما لا يستحصد في تلك المدة، فقد ذكر بعض أصحابنا أنه لا يجوز وللمؤجر أن يمنعه من زراعته، فإن بادر

قوله: **(فجاوزه)** أي تعداه إلى غيره ومنه قوله تعالى: ﴿فلما جاوزا قال لفتاه آتنا غداءنا﴾ [الكهف: ٦٢] أي خلفا.

المستأجر وزرع لم يجبر على قلعه قبل انقضاء المدة، ويحتمل عندي أنه لا يجوز منعه من الزراعة لأنه يستحق الزراعة إلى أن تنقضي المدة فلا يجوز منعه قبل القضاء المدة، ولأنه لا خلاف أنه إن سبق وزرع لم يجبر على نقله فلا يجوز منعه من زراعته.

فصل: وإن اكترى أرضاً مدة للزرع لم يخل إما أن يكون لزرع مطلق أو لزرع معين، فإن كان لزرع مطلق فزرع وانقضت المدة ولم يستحصد الزرع نظرت؛ فإن كان بتفريط منه بأن زرع صنفاً لا يستحصد في تلك المدة أو صنفاً يستحصد في المدة إلا أنه أخر زراعته فللمكري أن يأخذه بنقله لأنه لم يعقد إلا على المدة فلا يلزمه الزيادة عليها لتفريط المكتري، فإن لم يستحصد لشدة البرد أو قلة المطر ففيه وجهان: أحدهما يجبر على نقله لأنه كان يمكنه أن يستظهر بالزيادة في مدة الإجارة، فإذا لم يفعل لم يلزم المكري أن يستدرك له ما تركه، والثاني لا يجبر وهو الصحيح لأنه تأخر من غير تفريط منه. فإن قلنا مجبر على نقله وتراضيا على تركه بإجارة أو إعارة جاز لأن النقل لحق المكري وقد رضي بتركه، وإن قلنا لا يجبر فعليه المسمى إلى القضاء المدة بحكم العقد وأجرة المثل لما زاد لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمستأجر في نقل زرعه لا يجوز الإضرار بالمؤجر في تفويت منفعة أرضه، فإن كان لزرع معين لا يستحصد في المدة وانقضت المدة والزرع قائم نظرت؛ فإن شرط عليه القلع فالإجارة صحيحة لأنه عقد على مدة معلومة، ويجبر على قلعه لأنه دخل على هذا الشرط، فإن تراضيا على تركه بإجارة أو إعارة جاز لما ذكرناه وإن شرط التبقية بعد المدة فالإجارة باطلة لأنه شرط ينافي مقتضى العقد فأبطله، فإن لم يزرع كان لصاحب الأرض أن يمنعه من الزراعة لأنها زراعة فالعقد باطل، فإن بادر وزرع لم يجبر على القلع لأنه زرع مأذون فيه وعليه أجرة المثل لأنه استوفى منفعة الأرض بإجارة فاسدة، فإن أطلق العقد ولم يشرط التبقية ولا القلع ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه يجبر على قلعه لأن العقد إلى مدة وقد انقضت فأجبر على قلعة كالزرع المطلق، والثاني لا يجبر لأنه دخل معه على العلم بحال الزرع وأن العادة فيه الترك إلى الحصاد فلزمه الصبر عليه كما لو باع ثمرة بعد بدو الصلاح وقبل الإدراك ويخالف هذا إذا اكترى لزرع مطلق، لأن هناك يمكنه أن يزرع ما يستحصد في المدة، فإذا ترك كان ذلك بتفريط منه فأجبر على قلعه، وههنا هو زرع معنى علم المكري أنه لا يستحصد في تلك المدة، فإذا قلنا يجبر فتراضيا على تركه بإجارة أو إعارة جاز لما ذكرناه، وإن قلنا لا يجبر لزمه المسمى للمدة وأجرة المثل للزيادة لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمكتري في نقل زرعه لا يجوز الإضرار بالمكري في إبطال منفعة أرضه.

. . . .

فصل: وإن اكترى أرضاً للغراس مدة لم يجز أن يغرس بعد انقضائها لأن العقد يقتضي الغرس في المدة فلم يملك بعدها، فإن غرس في المدة وانقضت المدة نظرت؛ فإن شرط عليه القلع بعد المدة أخذ بقلعه لما تقدم من شرطه ولا يبطل العقد بهذا الشرط لأن الذي يقتضيه العقد هو الغراس في المدة وشرط القلع بعد المدة لا يمنع ذلك، وإنما يمنع من التبقية بعد المدة والتبقية بعد المدة من مقتضى الإذن لا من مقتضى العقد لم يبطل العقد بإسقاطها فإذا قلع لم يلزمها تسوية الأرض، لأنه لما شرط القلع رضي بما يحصل به من الحفر، فإن أطلق العقد ولم يشترط القلع ولا التبقية لم يلزمه القلع لأن تفريغ المستأجر على حسب العادة، ولهذا لو اكترى داراً وترك فيها متاعاً وانقضت المدة لم يلزمه تفريغها إلا على **حسب العادة** في نقل مثله، والعادة في الغراس التبقية إلى أن يجف ويستقلع فإن اختار المكتري القلع نظرت؛ فإن كان ذلك قبل انقضاء المدة ففيه وجهان: أحدهما يلزمه تسوية الأرض لأنه قلع الغراس من أرض غيره بغير إذنه فلزمه تسوية الأرض، والثاني لا يلزمه لأنه قلع الغراس من أرض له عليها يد فإن كان ذلك بعد انقضاء المدة لزمه تسوية الأرض وجهاً واحداً لأنه قلع الغراس من أرض غيره بلا إذن ولا يد، فإن اختار التبقية نظرت، فإن أراد صاحب الأرض أن يدفع قيمة الغراس ويتملكه أجبر المكتري على ذلك لأنه يزول عنه الضرر بدفع القيمة فإن أراد أن يقلعه نظرت، فإن كان قيمة الغراس لا تنقص بالقلع أجبر المكتري على القلع لأنه لا ضرر عليه في القلع، فإن كانت قيمة الغراس تنقص بالقلع فإن ضمن له أرض نقص أجبر عليه لأنه لا ضرر عليه بالقلع مع دفع الأرش، فإن أراد أن يقلع ولا يضمن أرش النقص لم يجبر المكتري، قال المزني يجبر لأنه لا يجوز أن ينتفع بأرض غيره من غير رضاه وهذا خطأ لأن في قلع ذلك من غير ضمان الأرض إضراراً بالمكتري والضرر لا يزال بالضرر، فإن اختار أن يقر الغراس في الأرض ويطالب المكتري بأجرة المثل أجبر المكتري لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمكتري بالقلع من غير ضمان لا يجوز الإضرار بالمكري بإبطال منفعة الأرض عليه من غير أجرة، فإن أراد المكتري أن يبيع الغراس من المكري جاز، وإن أراد بيعه من غيره ففيه وجهان وقد بيناهما في كتاب العارية، فإن اكترى بشرط التبقية بعد المدة جاز لأن إطلاق العقد يقتضي التبقية فلا يبطل بشرطها والحكم في القلع، والتبقية على ما ذكرناه فيه إذا أطلق العقد.

فصل: فإن اكترى أرضاً بإجارة فاسدة وغرس كان حكمها في القلع والإقرار على ما بيناه في الإجارة الصحيحة، لأن الفاسد كالصحيح فيما يقتضيه من القلع والإقرار فكان حكمهما واحداً وبالله التوفيق.

قوله: **(على حسب العادة)** بفتح السين أي على قدر وقد ذكر.

باب ما يوجب فسخ الإجارة

إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً جاز له أن يرد لأن الإجارة كالبيع، فإذا جاز رد المبيع بالعيب جاز رد المستأجر، وله أن يرد بما يحدث في يده من العيب لأن المستأجر في يد المستأجر كالمبيع في يد البائع فإذا جاز رد المبيع بما يحدث من العيب في يد البائع جاز رد المستأجر بما يحدث من العيب في يد المستأجر.

فصل: والعيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة **كتعثر الظهر** في المشي والعرج الذي يتأخر به عن القافلة، وضعف البصر والجذام والبرص في المستأجر للخدمة، وانهدام الحائط في الدار وانقطاع الماء في البئر والعين والتغير الذي يمتنع به الشرب أو الوضوء وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة، فأما إذ اكترى ظهراً **فوجده خشين المشي** لم يرد لأن ذلك لا تنقص به المنفعة، وإن اكترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجز له الرد، وإن اكترى حماماً فتعذر عليه ما يوقده لم يجز له الرد لأن المعقود عليه باقٍ وإنما تعذر الانتفاع لمعنى في غيره فلم يجز له الرد كما لو اشترى ظهراً ليحج عليه فعجز عن الحج لمرض أو ذهاب المال، وإن اكترى أرضاً للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج، أو أكل جراد لم يجز له الرد لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض فلم يجز له الرد، **وإن اكترى داراً فتشعثت** فبادر المكري إلى إصلاحها لم يكن للمستأجر ردها لأنه لا يلحقه الضرر، فإن لم يبادر ثبت له الفسخ لأنه يلحقه ضرر بنقصان المنفعة، فإن رضي سكناها ولم يطالب بالإصلاح فهل يلزمه جميع الأجرة أم لا فيه وجهان: أحدهما لا يلزمه جميع الأجرة لأنه لم يستوف جميع ما استحقه من المنفعة، فلم يلزمه جميع الأجرة كما لو اكترى داراً سنة فسكنها بعض السنة ثم غصبت، والثاني يلزمه جميع الأجرة لأنه استوفى جميع المعقود عليه ناقصاً بالعيب فلزمه جميع البدل كما لو اشترى عبداً فتلفت يده في يد البائع ورضي به.

فصل: ومتى رد المستأجر العين بالعيب، فإن كان العقد على عينها انفسخ العقد لأنه عقد على معين فانفسخ برده كبيع العين، وإن كان العقد على موصوف في الذمة لم

ومن باب ما يوجب فسخ الإجارة

قوله: **(كتعثر الظهر)** أي سقوطه وقت المشي وأن يكون ذلك عادة منه فيعد عَيباً قوله: **(فوجده خشين المشي)** أي تمشي بعنف وشدة ليس باللين الوطئ، قوله: **(وإن اكترى داراً فتشعثت)** أي بدأ بها الخراب مأخوذ من شعث الرأس وهو اغبراره، وانتشار شعره وتفرقه لأن أجزاءها تنتشر مفرقة على تأليفها وتغير جصها، والهلاك الطارئ هو الحادث

ينفسخ العقد برد العين بل يطالب ببدله لأن العقد على ما في الذمة، فإذا رد العين رجع إلى ما في الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فرده.

فصل: وإن استأجر عبداً فمات في يده، فإن كان العقد على موصوف في الذمة طالب ببدله لما ذكرناه في الرد بالعيب، وإن كان العقد على عينه فإن لم يمض من المدة ماله أجرة إنفسخ العقد، وقال أبو ثور من أصحابنا لا ينفسخ بل يلزم المستأجر الأجرة لأنه هلك بعد التسليم فلم ينفسخ العقد كما لو هلك المبيع بعد التسليم فلم ينفسخ العقد والمذهب الأول لأن المعقود عليه هو المنافع وقد تلفت قبل قبضها فانفسخ العقد كالمبيع إذا هلك قبل القبض، وإن مضى من المدة ماله أجرة انفسخ العقد فيما بقي بتلف المعقود عليه وفيما مضى طريقان: أحدهما لا ينفسخ فيه العقد قولاً واحداً، والثاني أنه على قولين بناء على الطريقين في الهلاك الطارىء في بعض المبيع قبل القبض هل هو كالهلاك المقارن للعقد أم لا، لأن المنافع في الإجارة كالمبيع قبل القبض وفي المبيع قبل القبض طريقان فكذلك الإجارة.

فصل: وإن اكترى داراً فانهدمت فقد قال في الإجارة ينفسخ العقد، وقال في المزارعة إذا اكترى أرضاً للزراعة فانقطع ماؤها إن المكتري بالخيار بين أن يفسخ وبين أن لا يفسخ، واختلف أصحابنا فيهما على طريقين؛ فمنهم من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى فخرجهما على قولين وهو الصحيح: أحدهما أن العقد ينفسخ فيهما لأن المنفعة المقصودة هي السكنى والزراعة وقد فاتت فانفسخ العقد كما لو اكترى عبداً للخدمة فمات، والثاني لا ينفسخ لأن العين باقية يمكن الانتفاع بها وإنما نقصت منفعتها فثبت له الخيار كما لو حدث به عيب، ومنهم من قال إذا انهدمت الدار انفسخ العقد، وإن انقطع الماء من الأرض لم ينفسخ لأن الأرض باقية مع انقطاع الماء والدار غير باقية مع الانهدام.

فصل: وإن أكرى نفسه فهرب أو أكرى عيناً فهرب بها نظرت؛ فإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة استؤجر عليه من ماله كما لو أسلم إليه في شيء فهرب فإنه يبتاع عليه المسلم فيه، وإن لم يمكن الاستئجار عليه ثبت للمستأجر الخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر لأنه تأخر حقه فيثبت له الخيار كما لو أسلم في شيء فتعذر، وإن كانت الإجارة على عين فهو بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر لأنه تأخر حقه فثبت له الخيار كما لو ابتاع عبداً فأبق قبل القبض، فإن لم يفسخ نظرت، فإن كانت الإجارة على مدة انفسخ العقد بمضي المدة يوماً بيوم، لأن المنافع تتلف بمضي الزمان فانفسخ العقد بمضيه، وإن كانت على عمل معين لم ينفسخ لأنه يمكن استيفاؤه إذا وجده.

. . . .

فصل: وإن غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر؛ فإن كان العقد على موصوف في الذمة طولب المؤجر بإقامة عين مقامها على ما ذكرناه في هرب المكري، وإن كان على العين فللمستأجر أن يفسخ العقد لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ كما لو ابتاع عبداً فغصب فإن لم يفسخ، فإن كانت الإجارة على عمل لم تنفسخ لأنه يمكن استيفاؤه إذا وجده، وإن كانت على مدة فانقضت ففيه قولان: أحدهما ينفسخ العقد فيرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل، والثاني لا ينفسخ بل يخير المستأجر بين أن يفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى ثم يرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل وبين أن يقر العقد ويرجع على الغاصب بأجرة المثل لأن المنافع تلفت في يد الغاصب فصار كالمبيع إذا أتلفه الأجنبي، وفي المبيع قولان إذا أتلفه الأجنبي فكذلك ههنا.

فصل: وإن مات الصبي الذي عقد الإجارة على إرضاعه فالمنصوص أنه ينفسخ العقد لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع فبطل، ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر أنه لا ينفسخ لأن المنفعة باقية، وإنما هلك المستوفى فلم ينفسخ العقد كما لو استأجر داراً فمات فعلى هذا إن تراضيا على إرضاع صبي آخر جاز وإن تشاحا فسخ العقد لأنه تعذر إمضاء العقد ففسخ.

فصل: وإن استأجر رجلاً ليقلع له ضرساً فسكن الوجع أو ليكحل عينه فبرئت أو ليقتص له فعفا عن القصاص انفسخ العقد على المنصوص في المسألة قبلها لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ كما لو تعذر بالموت ولا ينفسخ على قول من خرج القول الآخر.

فصل: وإن مات الأجير في الحج قبل الإحرام نظرت؛ فإن كان العقد على حج في الذمة استؤجر من تركته من يحج فإن لم يمكن ثبت للمستأجر الخيار في فسخ العقد كما قلنا في السلم، وإن كان على حجه بنفسه انفسخ العقد لأنه تلف المعقود عليه قبل القبض فإن مات بعدما أتى بجميع الأركان وقبل المبيت والرمي سقط الفرض لأنه أتى بالأركان ويجب في تركته الدم لما بقي كما يجب ذلك في حج نفسه، وإن مات بعد الإحرام وقبل أن يأتي بالأركان فهل يجوز أن يبني غيره على عمله؟ فيه قولان: قال في القديم يجوز لأنه عمل تدخله النيابة فجاز البناء عليه كسائر الأعمال، وقال في الجديد لا يجوز وهو الصحيح لأنه عبادة يفسد أولها بفساد آخرها فلا تتأدى بنفسين كالصوم والصلاة، فإن قلنا لا يجوز البناء كانت الإجارة على عمل الأجير بنفسه بطلت لأنه فات المعقود عليه،

. . . .

ويستأجر المستأجر من يستأنف الحج، وإن كانت الإجارة على حج في الذمة لم تبطل لأن المعقود عليه لم يفت بموته، فإن كان وقت الوقوف باقياً استؤجر من تركته من يحج، وإن فات وقت الوقوف فللمستأجر أن يفسخ لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ. وإن قلنا يجوز البناء على فعل الأجير، فإن كانت الإجارة على فعل الأجير بنفسه بطلت لأن حجه فات بموته، فإن كان وقت الوقوف باقياً أقام المستأجر من يحرم بالحج ويبني على عمل الأجير، وإن كان بعد فوات وقت الوقوف أقام من يحرم بالحج ويتم، وقال أبو إسحاق لا يجوز للباقي أن يحرم بالحج لأن الإحرام بالحج في غير أشهر الحج لا ينعقد بل يحرم بالعمرة ويتم والصحيح هو الأول لأنه لا يجوز أن يطوف في العمرة ويقع عن الحج، وقوله إن الإحرام بالحج لا ينعقد في غير أشهر الحج لا يصح لأن هذا بناء على إحرام حصل في أشهر الحج، وإن كانت الإجارة على حج في الذمة استؤجر من تركة الأجير من يبني على إحرامه على ما ذكرناه.

فصل: ومتى انفسخ العقد بالهلاك أو بالرد بالعيب أو بتعذر المنفعة بعد استيفاء بعض المنفعة قسم المسمى على ما استوفى وعلى ما بقي فما قابل المستوفي استقر، وما قابل الباقي سقط كما يقسم الثمن على ما هلك من المبيع وعلى ما بقي فإذا كان ذلك مما يختلف رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة، وإن كان العقد على الحج فمات الأجير أو أحصر نظرت؛ فإن كان بعد قطع المسافة وقبل الإحرام ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي إسحاق إنه لا يستحق شيئاً من الأجرة بناء على قوله في الأم أن الأجرة لا تقابل قطع المسافة وهو الصحيح لأن الأجرة في مقابلة الحج، وابتداء الحج من الإحرام وما قبله من قطع المسافة تسبب إلى الحج وليس بحج فلم يستحق في مقابلته أجرة كما لو استأجر رجلاً ليخبز له فأحضر الآلة وأوقد النار ومات قبل أن يخبز، والثاني وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي بكر الصير في أنه يستحق من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة بناء على قوله في الإملاء، إن الأجرة تقابل قطع المسافة والعمل لأن الحج لا يتأدى إلا بهما فسقطت الأجرة عليهما، وإن كان بعد الفراغ من الأركان وقبل الرمي والمبيت ففيه طريقان: أحدهما يلزمه أن يرد من الأجرة بقدر ما ترك قولاً واحداً لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله كما لو استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى تسعة، ومنهم من قال فيه قولان: أحدهما يلزمه لم ذكرناه، والثاني لا يلزمه لأن ما دخل على الحج من النقص بترك الرمي والمبيت جبره بالدم فصار كما لو لم يتركه، وإن كان بعد الإحرام وقبل أن يأتي بباقي الأركان ففيه قولان: أحدهما لا يستحق شيئاً كما لو قال من رد عبدي

. . . .

الآبق فله دينار فرده رجل إلى باب البلد ثم هرب، والثاني أنه يستحق بقدر ما عمله وهو الصحيح لأنه عمل بعض ما استؤجر عليه فأشبه إذا استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات، فإذا قلنا إنه يستحق بعض الأجرة فهل تقسط الأجرة على العمل والمسافة أو على العمل دون المسافة على ما ذكرناه من القولين.

فصل: وإن أجر عبداً ثم أعتقه صح العتق لأنه عقد على منفعة فلم يمنع العتق كما لو زوج أمته ثم أعتقها، ولا تنفسخ الإجارة كما لا ينفسخ النكاح. وهل يرجع العبد على مولاه بالأجرة؟ فيه قولان: قال في الجديد لا يرجع وهو الصحيح لأنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببدلها بعد العتق كما لو زوج أمته ثم أعتقها، وقال في القديم يرجع لأنه فوت بالإجارة ما ملكه من منفعته بالعتق فوجب عليه البدل. فإن قلنا يرجع بالأجرة كانت نفقته على نفسه لأنه ملك بدل منفعته فكانت نفقته عليه كما لو أجر نفسه بعد العتق، وإن قلنا لا يرجع بالأجرة ففي نفقته وجهان: أحدهما أنها على المولى لأنه كالباقي على ملكه بدليل أنه يملك بدل منفعته بحق الملك فكانت نفقته عليه، والثاني أنها في بيت المال لأنه لا يمكن إيجابها على المولى، لأنه زاد ملكه عنه ولا على العبد لأنه لا يقدر عليها في مدة الإجارة فكانت في بيت المال.

فصل: وإن أجر عيناً ثم باعها من غير المستأجر ففيه قولان: أحدهما أن البيع باطل لأن يد المستأجر تحول دون فلم يصح البيع كبيع المغصوب من غير الغاصب والمرهون من غير المرتهن، والثاني يصح لأنه عقد على المنفعة فلم يمنع صحة البيع كما لو زوج أمته ثم باعها ولا تنفسخ الإجارة كما لا ينفسخ النكاح في بيع الأمة المزوجة، وإن باعها من المستأجر صح البيع قولاً واحداً لأنه في يده لا حائل دونه فصح بيعها منه كما لو باع المغصوب من الغاصب والمرهون من المرتهن ولا تنفسخ الإجارة بل يستوفي المستأجر المنفعة بالإجارة لأن الملك لا ينافي الإجارة، والدليل عليه أنه يجوز أن يستأجر ملكه من المستأجر فإذا طرأ عليها لم يمنع صحتها، وإن تلفت المنافع قبل انقضاء المدة انفسخت الإجارة ورجع المشتري بالأجرة لما بقي على البائع.

فصل: فإن أجر عيناً من رجل ثم مات أحدهما لم يبطل العقد لأنه عقد لازم فلا يبطل بالموت مع سلامة العقود عليه كالبيع، فإن أجر وقفاً عليه ثم مات ففيه وجهان: أحدهما لا يبطل لأنه أجر ما يملك إجارته فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه ثم مات فعلى هذا يرجع البطن الثاني في تركة المؤجر بأجرة المدة الباقية لأن المنافع في المدة الباقية حق له فاستحق أجرتها، والثاني تبطل لأن المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ

....

عقده عليها من غير إذن ولا ولاية ويخالف إذا أجر ملكه ثم مات، فإن الوارث يملك من جهة الموروث، فلا يملك ما خرج من ملكه بالإجارة والبطن الثاني يملك غلة الوقف من جهة الواقف فلم ينفذ عقد الأول عليه. وإن أجر **صبياً في حجره** أو أجر ماله ثم بلغ ففيه وجهان: أحدهما لا يبطل العقد لأنه عقد لازم عقده بحق الولاية فلا يبطل بالبلوغ كما لو باع داره والثاني يبطل لأنه بان بالبلوغ أن تصرف الولي إلى هذا الوقت والصحيح عندي في المسائل كلها أن الإجارة لا تبطل وبالله التوفيق.

باب تضمين المستأجر والأجير

إذا تلفت العين المستأجرة في يد المستأجر من غير فعله لم يلزمه الضمان، لأنه عين قبضها ليستوفي منها ما ملكه فلم يضمنها بالقبض كالمرأة في يد الزوج والنخلة التي اشترى ثمرتها، وإن تلفت بفعله نظرت؛ فإن كان بغير عدوان كضرب الدابة وكبحها باللجام للاستصلاح لم يضمن لأنه هلك من فعل مستحق فلم يضمنه كما هلك تحت الحمل، وإن تلفت بعدوان كالضرب من غير حاجة لزمه الضمان لأنه جناية على مال الغير فلزمه ضمانه..

فصل: وإن اكترى ظهراً إلى مكان فجاوز به المكان فهلك نظرت، فإن لم يكن معه صاحبه لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين جاوز به المكان إلى أن تلف لأنه ضمنه باليد من حين جاوز فصار كالغاصب، وإن كان صاحبه معه نظرت؛ فإن هلك بعد نزوله وتسليمه إلى صاحبه لم يضمن لأنه ضمنه باليد فبرىء بالرد كالمغصوب إذا رده إلى مالكه، وإن تلف في حال السير والركوب ضمن لأنه هلك في حال العدوان وفي قدر الضمان قولان: أحدهما نصف قيمته لأنه تلف من مضمون وغير مضمون فكان الضمان بينهما نصفين كما لو مات في جراحته وجراحة مالكه، والثاني أنه تقسط القيمة على المسافتين فما قابل مسافة الإجارة سقط وما قابل الزيادة يجب لأنه يمكن تقسيطه على قدرهما، فقسط بناء على القولين في الجلاد إذا ضرب رجلاً في القذف إحدى وثمانين فمات، وإن تعادل اثنان ظهراً استأجراه وارتدف معهما ثالث من غير إذن فتلف الظهر ففيه ثلاثة أوجه: أحدها أنه يجب على المرتدف نصف القيمة لأنه هلك من مضمون وغير مضمون، والثاني يجب عليه الثلث لأن الرجال لا يوزنون فقسط الضمان على عددهم، والثالث أنه يقسط على أوزانهم فيجب على المرتدف ما يخصه بالوزن لأنه يمكنه تقسيطه بالوزن فقسط عليه.

فصل: وإن استأجر عيناً واستوفى المنفعة وحبسها حتى تلفت، فإن كان حبسها العذر لم يلزمه الضمان لأنه أمانة في يده فلم يضمن بالحبس لعذر كالوديعة، وإن كان

قوله: **(صبياً في حجره)** يقال بالفتح والكسر والجمع الحجور وهو ما بين الفخذين.

لغير عذر فإن قلنا لا يجب الرد قبل الطلب لم يضمن كالوديعة قبل الطلب، وإن قلنا يجب ردها ضمن كالوديعة بعد الطلب.

فصل: وإن تلفت العين التي استؤجر على العمل فيها نظرت؛ فإن كان التلف بتفريط بأن استأجره ليخبز له فأسرف في الوقود أو ألزقه بل وقته أو تركه في النار حتى احترق ضمنه لأنه هلك بعدوان فلزمه الضمان، وإن استؤجر على تأديب غلام فضربه فمات ضمنه لأنه يمكن تأديبه بغير الضرب، فإذا عدل إلى الضرب كان ذلك تفريطاً منه فلزمه الضمان، وإن كان التلف بغير تفريط نظرت؛ فإن كان العمل في ملك المستأجر بأن دعاه إلى داره ليعمل له أو كان العمل في دكان الأجير والمستأجر حاضر أو اكتراه ليحمل له شيئاً وهو معه لم يضمن لأن يد صاحبه عليه فلم يضمن من غير جناية، وإن كان العمل في يد الأجير من غير حضور المستأجر نظرت؛ فإن كان الأجير مشركاً وهو الذي يعمل له ولغيره كالقصار الذي يقصر لكل أحد **والملاح** الذي يحمل لكل أحد ففيه قولان: أحدهما يجب عليه الضمان لما روى الشعبي عن أنس رضي الله عنه قال: استحملني رجل بضاعة فضاعت من بين متاعي فضمنها عمر بن الخطاب رضي الله عنه. وعن خلاس بن عمرو أن علياً رضي الله عنه كان يضمن الأجير، وعن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي كرم الله وجهه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لا يصلح الناس إلا ذلك، ولأنه قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها كالمستعين، والثاني لا ضمان عليه وهو قول المزني وهو الصحيح. قال الربيع: كان الشافعي رحمه الله يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير ولكنه لا يفتى به لفساد الناس، والدليل عليه أنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك فلم يضمنه كالمضارب، وإن كان الأجير منفرداً وهو الذي يعمل له ولا يعمل لغيره فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: هو كالأجير المشترك وهو المنصوص فإن الشافعي رحمه الله قال: والأجراء كلهم سواء فيكون على قولين لأنه منفرد باليد فأشبه الأجير المشترك، ومنهم من قال لا يجب عليه الضمان قولاً واحداً لأنه منفرد بالعمل فأشبه إذا كان عمله في دار المستأجر. فإن قلنا إنه أمين فتعدى فيه ثم تلف ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين تعدى إلى أن تلف لأنه ضمن بالتعدي فصار كالغاصب، وإن قلنا إنه ضامن لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالغاصب، ومن أصحابنا من قال يلزمه قيمته وقت التلف كالمستعير وليس بشيء.

فصل: وإن عمل الأجير بعض العمل أو جميعه ثم تلف نظرت؛ فإن كان العمل في

قوله: **(فإذا عدل إلى الضرب)** أي مال وقد ذكره، قوله: **(الملاح)** الملاح الذي يعمل في البحر.

ملك صاحبه أو بحضرته وجبت له الأجرة لأنه تحت يده فكل ما عمل شيئاً صار مسلماً له، وإن كان في يد الأجير، فإن قلنا إنه أمين لم يستحق الأجرة لأنه لم يسم العمل، وإن قلنا إنه ضامن استحق الأجرة لأنه يقوم عليه معمولاً فيصير بالتضمين مسلماً للعمل فاستحق الأجرة.

فصل: وإن دفع ثوباً إلى خياط وقال إن كان يكفيني لقميص فاقطعه فقطعه ولم يكفه لزمه الضمان لأنه أذن له بشرط فقطع من غير وجود الشرط فضمنه، وإن قال أيكفيني للقميص فقال نعم فقال: إقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن لأنه قطعه بإذن مطلق.

فصل: واختلف أصحابنا فيما يأخذ الحمامي هل هو ثمن الماء أو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب؛ فمنهم من قال هو ثمن الماء وهو متطوع بحفظ الثياب ومعير للسطل فعلى هذا لا يضمن الثياب إذا أتلفت وله عوض السطل إذا تلف، ومنهم من قال هو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب فعلى هذا لا يضمن الداخل السطل إذا هلك لأنه مستأجر، وهل يضمن الحمامي الثياب؟ فيه قولان لأنه أجير مشترك.

فصل: وإن استأجر رجلاً للحج فتطيب في إحرامه أو لبس وجبت الفدية على الأجير، لأنه جناية لم يتناولها الإذن فوجب ضمانها كما لو استأجر ليشتري له ثوباً فاشتراه ثم خرقه، وإن أفسد الحج صار الإحرام عن نفسه، لأن الفاسد غير مأذون فيه فانعقد له كما لو وكله في شراء عبد فاشترى أمة، فإن كان العقد على حجه في هذه السنة انفسخ لأنه فات المعقود عليه، وإن كان على حج في الذمة ثبت له الخيار لأنه تأخر حقه، فإن استأجر للحج من ميقات فأحرم من ميقات آخر لم يلزمه شيء لأن المواقيت المنصوص عليها متساوية في الحكم، وإن كان بعضها أبعد من بعض فإذا ترك بعضها إلى بعض لم يحصل نقص يقتضي الجبران، وإن أحرم دون الميقات لزمه دم لأنه ترك الإحرام من موضع يلزمه الإحرام منه فلزمه دم كما لو ترك ذلك في حجه لنفسه، فإن استأجر ليحرم من دويرة أهله فأحرم دونه لزمه دم لأنه وجب عليه ذلك بعقد الإجارة فصار كما لو لزمه في حجه لنفسه بالشرع أو بالنذر فتركه. وهل يلزمه أن يرد من الأجرة بقسطه قال في القديم: **يهرق دماً** وحجه تام. وقال في الأم يلزمه أن يرد من الأجرة بقدر ما ترك فمن أصحابنا من قال يلزمه قولاً واحداً والذي قاله في القديم ليس فيه نص أنه لا يجب، ومنهم من قال فيه قولان وهو الصحيح: أحدهما لا يلزمه لأن النص الذي لحق الإحرام جبره بالدم فصار كما لو لم يترك، والثاني أنه يلزمه لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه

قوله: (**يهرق دماً**) أي يريقه. يقال هراق وأراق ويهرق ويهريق بالتحريك والإسكان وقد ذكر.

رد بدله كما لو استأجره لبناء عشرة أذرع فبنى تسعة فعلى هذا يرد ما بين حجه من الميقات وبين حجه من الموضع الذي أحرم منه، فإن استأجره ليحرم بالحج من الميقات فأحرم من الميقات بعمرة عن نفسه، ثم أحرم بالحج عن المستأجر من مكة لزمه الدم لترك الميقات. وهل يرد من الأجرة بقدر ما ترك على ما ذكرناه من الطرفين؛ فإن قلنا يلزمه ففيه قولان: قال في الأم يرد بقدر ما بين حجه من الميقات وحجه من مكة لأن الحج من الإحرام وما قبله ليس من الحج. وقال في الإملاء يلزمه أن يرد ما بين حجه من بلده وبين حجه من مكة لأنه جعل الأجرة في مقابلة السفر والعمل وجعل سفره لنفسه، ويخالف المسألة قبلها لأن هناك سافر للمستأجر وإنما ترك الميقات، وإن استأجره للحج فحج عنه وترك الرمي أو المبيت لزمه الدم كما يلزمه لحجه، وهل يرد من الأجرة بقسطه على ما ذكرناه فيمن ترك الإحرام من الميقات.

باب اختلاف المتكاريين

إذا اختلف المتكاريان في مقدار المنفعة أو قدر الأجرة ولم تكن بينة تحالفا لأنه عقد معاوضة فأشبه البيع، وإذا تحالفا كان الحكم في فسخ الإجارة كالحكم في البيع، لأن الإجارة كالبيع فكان حكمها في الفسخ كالحكم في البيع. فإن اختلفا في التعدي في العين المستأجرة فادعاه المؤجر وأنكره المستأجر فالقول قول المستأجر لأن الأصل عدم العدوان والبراءة من الضمان، فإن اختلفا في الرد فادعاه المستأجر وأنكره المؤجر فالقول قول المؤجر إنه لم يرد عليه لأن المستأجر قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير، وإن اختلف الأجير المشترك والمستأجر في رد العين فادعى الأجير أنه ردها وأنكر المستأجر؛ فإن قلنا إن الأجير يضمن العين بالقبض لم يقبل قوله في الرد لأنه ضامن فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير والغاصب، وإن قلنا إنه لا يضمن العين بالقبض فهل يقبل قوله في الرد؟ فيه وجهان كالوكيل بجعل وقد مضى توجيههما في الوكالة، وإن هلكت العين فادعى الأجير أنها هلكت بعد العمل، وأنه يستحق الأجرة وأنكر المستأجر فالقول قول المستأجر لأن الأصل عدم العمل وعدم البدل.

فصل: وإن دفع ثوباً إلى خياط **فقطعه قباء** ثم اختلفا فقال رب الثوب أمرتك أن تقطعه قميصاً فتعديت بقطعه قباء فعليك ضمان النقص، وقال الخياط بل أمرتني أن أقطعه قباء فعليك الأجرة، فقد حكى الشافعي رحمه الله في اختلاف العراقيين قول ابن أبي ليلى إن القول قول الخياط، وقول أبي حنيفة رحمة الله عليه إن القول قول رب الثوب، ثم قال

قوله: **(فقطعه قباء)** القباء ثوب معروف وهو مفرج من القدم إلى الحلق لا يحتاج لابسه إلى إدخال رأسه فيه. وأول من لبسه سليمان ابن داود عليه السلام، كان إذا أدخل رأسه في

وهذا أشبه وكلاهما مدخول. وقال في كتاب الأجير والمستأجر إذا دفع إليه ثوباً ليصبغه أحمر فصبغه أخضر، فقال أمرتك أن تصبغه أحمر فقال الصباغ بل أمرتني أن أصبغه أخضر، إنهما يتحالفان، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق، فمنهم من قال فيه ثلاثة أقوال: أحدها إن القول قول الخياط لأنه مأذون له في القطع فكان القول قوله في صفته، والثاني أن القول قول رب الثوب كما لو اختلفا في أصل الإذن، والثالث أنهما يتحالفان وهو الصحيح لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه، لأن صاحب الثوب يدعي الأرض والخياط ينكره، والخياط يدعي الأجرة وصاحب الثوب ينكره فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن، ومن أصحابنا من قال المسألة على القولين المذكورين في اختلاف العراقيين وهو قول أبي العباس وأبي إسحاق وأبي علي بن أبي هريرة والقاضي أبي حامد، ومن أصحابنا من قال هي على قول واحد أنهما يتحالفان وهو قول أبي حامد الإسفرايني لأن الشافعي رحمه الله ذكر القولين الأولين ثم قال: وكلاهما مدخول فإن قلنا إن القول قول الخياط فحلف لم يلزمه أرش النقص لأنه ثبت بيمينه أنه مأذون فيه، وهل يستحق الأجرة؟ فيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه لا يستحق الأجر، لأن قوله قبل في سقوط الغرم لأنه منكر فأما في الأجرة فإنه مدع فلم يقبل قوله، والثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن له الأجرة لأنا قبلنا قوله في الإذن، فعلى هذا هل يجب المسمى أو أجرة المثل؟ فيه وجهان: أحدهما يجب المسمى لأنا قبلنا قوله أنه أذن له فوجب ما اقتضاه، والثاني يجب له أجرة المثل لأنا إذا قبلنا قوله لم نأمن أن يدعى ألفاً وأجرة مثله درهم، وإن قلنا إن القول قول صاحب الثوب فحلف لم تجب الأجرة لأنه فعل ما لم يؤذن فيه ويلزمه أرش القطع لأنه قطع ما لم يكن له قطعه، وفي قدر الأرش قولان: أحدهما يلزمه ما بين قيمته مقطوعاً وصحيحاً لأنا حكمنا أنه لم يؤذن له في القطع فلزمه أرش القطع، والثاني يلزمه ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً وبين قيمته مقطوعاً قباء لأنه قد أذن له في القطع وإنما حصلت المخالفة في الزيادة فلزمه أرش الزيادة، فإن لم يكن بينهما تفاوت لم يلزمه شيء، وإذا قلنا إنهما يتحالفان فتحالفا لم تجب الأجرة لأن التحالف يوجب رفع العقد والخياطة من غير عقد لا توجب الأجرة، وهل يجب أرش القطع؟ فيه قولان: أحدهما يجب لأن كل واحد منهما حلف على ما ادعاه ونفى ما ادعى عليه فبرئا كالمتبايعين، والثاني أنه يجب أرش النقص لأنا حكمنا بارتفاع العقد بالتحالف

الثياب كنصت الشياطين أي حركت أنوفها استهزاء به. يقال كنص فلان في وجه صاحبه ذكره في الفائق قوله: **(وكلاهما مدخول)** أي يمكن الدخول إلى نقضه وإفساده. يقال نحلة مدخولة أي عفنة الجوف. ودخل في عقله فهو مدخول.

فإذا ارتفع العقد حصل القطع من غير عقد فلزمه أرشه ومتى قلنا إنه يستحق الأجرة لم يرجع بالخيوط لأنه أخذ بدلها، فإن قلنا لا يستحق الأجرة فله أن يأخذ خيوطه لأنه عين ماله فكان له أن يأخذه.

فصل: إذا استأجر صانعاً على عمل من خياطة أو صباغة فعمل فهل له أن يحبس العين على الأجرة فيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأنه لم يرهن العين عنده فلم يجز له احتباسها كما لو استأجره ليحمل له متاعاً فحمله ثم أراد أن يحبس المتاع على الأجرة، والثاني يجوز لأن عمله ملكه فجاز له حبسه على العوض كالمبيع في يد البائع.

فصل: وإن دفع ثوباً إلى رجل فخاطه ولم يذكر له أجرة، فقد اختلف أصحابنا فيه على أربعة أوجه: أحدها أنه تلزمه الأجرة وهو قول المزني رحمه الله لأنه استهلك عمله فلزمه أجرته، والثاني أنه إن قال له خطه لزمه وإن بدأ الرجل فقال أعطني لأخيطه لم تلزمه وهو قول أبي إسحاق لأنه إذا أمره فقد ألزمه بالأمر والعمل لا يلزم من غير أجرة فلزمته، وإذا لم يأمره لم يوجد ما يوجب الأجرة فلم تلزم. والثالث أنه إذا كان الصانع معروفاً بأخذ الأجرة على الخياطة لزمه، وإذا لم يكن معروفاً بذلك لم يلزمه وهو قول أبي العباس لأنه إذا كان معروفاً بأخذ الأجرة صار العرف في حق كالشرط. وإن لم يكن معروفاً لم يوجد ما يقتضي الأجرة من جهة الشرط، ولا من جهة العرف والرابع وهو المذهب أنه لا يلزمه بحال لأنه بذل ماله من غير عوض، فلم يجب له العوض كما لو بذل طعامه لمن أكله. وإن نزل رجل في سفينة ملاح بغير إذنه فحمله فيها إلى بلد لزمه الأجرة لأنه استهلك منفعة موضعه من السفينة من غير إذن فلزمه أجرتها، وإن نزل فيها عن إذنه ولم يذكر الأجرة فعلى ما ذكرناه من الوجوه الأربعة في الخياطة وبالله التوفيق.

باب الجعالة

يجوز عقد الجعالة وهو أن يبذل الجعل لمن عمل له عملاً من رد ضالة ورد آبق وبناء حائط وخياطة ثوب وكل ما يستأجر عليه من الأعمال، والدليل عليه قوله تعالى ﴿ولمن جاء به حمل بعير **وأنا به زعيم**﴾ [يوسف: ٧٢] وروى أبو سعيد الخدري أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ **أتوا حياً من أحياء العرب فلم يقروهم** فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقالوا: هل فيكم راق؟ فقالوا: لم تقرونا فلا نفعل أو تجعلوا لنا جعلاً؟

ومن باب الجعالة

قوله: (**وأنا به زعيم**) أي ضمين وكفيل. والزعامة الكفالة قوله: (**أتوا حياً من أحياء العرب فلم يقروهم**) الحي القبيلة واشتقاقه من الحياة التي هي ضد الموت. وقوله لم يقروهم لم يضيفوهم. والقراء إطعام الضيف النازل بالإنسان. وأول من سنه إبراهيم عليه السلام

فجعلوا لهم **قطيع شاء** فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل فأتوهم بالشاء فقالوا: لا نأخذها حتى نسأل رسول الله ﷺ فسألوا رسول الله ﷺ عن ذلك فضحك وقال: «ما أدراك أنها رقية خذوها واضربوا لي فيها بسهم»(١) ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك من رد ضالة وآبق وعمل لا يقدر عليه فجاز الإجارة والمضاربة.

فصل: ويجوز أن يعقد لعامل غير معين للآية ولأنه قد يكون له عمل ولا يعرف من يعمله فجاز من غير تعيين، وروى المزني في المختصر عن الشافعي رحمه الله في المنثور أنه قال: إذا قال أول من يحج عني فله مائة فحج عنه رجل أنه يستحق المائة. وقال المزني ينبغي أن يستحق أجرة المثل، لأنه إجارة فلم تصح من غير تعيين، وهذا خطأ لأن ذلك جعالة وقد بينا أن الجعالة تجوز من غير تعيين العامل.

فصل: وتجوز على عمل مجهول للآية، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فجاز مع الجهالة كالمضاربة، ولا تجوز إلا بعوض معلوم لأنه عقد معاوضة فلا تجوز بعوض مجهول كالنكاح، فإن شرط له جعلاً مجهولاً استحق أجرة المثل، لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده كالبيع والنكاح.

فصل: ولا يستحق العامل الجعل إلا بإذن صاحب المال، فأما إذا عمل له عملاً من غير إذنه بأن وجد له آبقاً فجاء به أو ضالة فردها إليه لم يستحق الجعل، لأنه بذل منفعته من غير عوض فلم يستحق العوض، فإن عمل بإذنه ولم يشرط له الجعل فعلى الأوجه الأربعة التي ذكرناها في الإجارة، فإن أذن له وشرط له الجعل فعمل استحق الجعل، لأنه استهلك منفعته بعوض فاستحق العوض كالأجير، فإن نادى فقال: من رد عبدي فله دينار فرده من لم يسمع النداء لم يستحق الجعل لأنه متطوع بالرد من غير بدل، فإن أبق عبد لرجل فنادى غيره أن من رد عبد فلان فله دينار فرده رجل وجب الدينار على المنادي لأنه ضمن العوض فلزمه، فإن قال في النداء قال فلان من رد عبدي فله دينار فرده رجل لم يلزم المنادي لأنه لم يضمن وإنما حكى قول غيره.

فصل: ولا يستحق العامل الجعل إلا بالفراغ من العمل، فإن شرط له جعلاً على رد الآبق فرده إلى باب الدار ففر منه أو مات قبل أن يسلمه، لم يستحق شيئاً من الجعل لأن المقصود هو الرد والجعل في مقابلته ولم يوجد منه شيء، وإن قال من رد عبدي الآبق من البصرة فله دينار وهو ببغداد فرده رجل من واسط استحق نصف الدينار لأنه رده من

قوله: **(قطيع شاء)** أي قطعة وطائفة من الغنم.

---

(١) رواه البخاري في كتاب فضائل القران باب٩. مسلم في كتاب السلام حديث ٦٥، ٦٦. أبو داود في كتاب البيوع باب ٣٧. الترمذي في كتاب الطب باب ٢٠. أحمد في مسنده (٣/ ٢، ١٠).

نصف الطريق، وإن رده من أبعد من البصرة لم يستحق أكثر من الدينار لأنه لو لم يضمن له لما زاد شيئاً، وإن أبق له عبدان فقال: من ردهما فله دينار فرد رجل أحدهما استحق نصف الجعل لأنه عمل نصف العمل، وإن قال من رد عبدي فله دينار فاشترك في رده اثنان اشتركا في الدينار، لأنهما اشتركا في العمل فاشتركا في الجعل، وإن قال لرجل إن رددت عبدي فلك دينار وقال الآخر إن رددته فلك ديناران فاشتركا في الرد استحق كل واحد منهما نصف ما جعل له، وإن جعل لأحدها ديناراً وللآخر ثوباً مجهولاً، فرداه استحق صاحب الدينار نصف دينار وصاحب الثوب نصف أجرة المثل، لأن الدينار جعل صحيح فاستحق نصفه والثوب جعل باطل فاستحق نصف أجرة المثل وإن قال لرجل إن رددت عبدي فلك دينار فشاركه غيره في رده، فإن قال شاركته معاونة له كان الدينار للعامل لأن العمل كله له فكان الجعل كله له، وإن قال شاركته لأشاركه في الجعل كان للعامل نصف الجعل لأنه عمل نصف العمل ولا شيء للشريك لأنه لم يشرط له شيئاً.

فصل: ويجوز لكل واحد منهما فسخ العقد لأنه عقد على عمل مجهول بعوض فجاز لكل واحد منهما فسخه كالمضاربة، فإن فسخ العامل لم يستحق شيئاً لأن الجعل يستحق بالفراغ من العمل وقد تركه فسقط حقه، وإن فسخ رب المال، فإن كان قبل العمل لم يلزمه شيء لأنه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العمل فلم يلزمه شيء كما لو فسخ المضاربة قبل العمل، وإن كان بعد ما **شرع في العمل** لزمه أجرة المثل لما عمل لأنه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمه أجرته كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع في العمل.

فصل: وتجوز الزيادة والنقصان في الجعل قبل العمل، فإن قال من رد عبدي فله دينار ثم قال من رده فله عشرة فرده رجل استحق عشرة، وإن قال من رد عبدي فله عشرة ثم قال من رده فله دينار، استحق الدينار لأنه مال بذل في مقابلة عمل في عقد جائز فجاز الزيادة والنقصان فيه قبل العمل كالربح في المضاربة.

فصل: وإن اختلف العامل ورب المال فقال العامل شرطت لي الجعل وأنكر رب المال فالقول قول رب المال، لأن الأصل عدم الشرط وعدم الضمان، وإن اختلفا في عين العبد فقال السيد شرطت الجعل في رد غيره، وقال العامل بل شرطت الجعل في رده، فالقول قول المالك لأن العامل يدعي عليه شرط الجعل في عقد الأصل عدمه فكان القول فيه قوله، وإن اختلفا في قدر الجعل تحالفا كما قلنا في البيع فإذا تحالفا رجع إلى أجرة المثل كما رجع في البيع بعد هلاك السلعة إلى قيمة العين، وإن اختلف العامل والعبد فقال العامل أنا رددته، وقال العبد جئت بنفسي وصدقه المولى، فالقول قول المولى مع يمينه لأن الأصل عدم الرد وعدم وجوب الجعل وبالله التوفيق.

قوله: (**شرع في العمل**) يقال شرعت في هذا الأمر أي خضت فيه وقد ذكر.

كتاب السبق والرمي

تجوز المسابقة **والمناضلة** لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ سابق بين **الخيل والمضمرة** منها من الحفيا إلى **ثنية الوداع** وما لم يضمر منها من ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق، وروى أنس أن النبي ﷺ كانت له ناقة يقال لها العضباء لا تسبق فجاء أعرابي على قعود له فسبقها فشق ذلك على المسلمين فقالوا يا رسول الله سبقت العضباء، فقال رسول الله ﷺ «إنه حق على الله أن لا يرتفع **من هذه القدرة** شيء إلا وضعه»[(١)] وروى سلمة بن الأكوع قال: أتى علينا رسول الله ﷺ ونحن نترامى فقال: «حسن هذا لعباً ارموا يا بني إسماعيل فإن أباكم كان رامياً ارموا وأنا مع ابن الأدرع» فكف القوم أيديهم وقسيهم وقالوا غلب يا رسول الله من كنت معه قال: «ارموا وأنا معكم جميعاً» فإن كان ذلك للجهاد فهو مندوب إليه لما روى عقبة ابن عامر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول على المنبر «وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ألا إن القوة هي الرمي قالها ثلاثاً»[(٢)] وروى عقبة بن عامر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول ارموا واركبوا ولأن ترموا أحب إلي

ومن كتاب السبق والرمي

قوله: **(المناضلة)** هي المراماة وناضلته أي راميته لأخذ نضله. وقال الأزهري النضال في الرمي والرهان في الخيل وهو الذي يوضع في النضال فمن سبق أخذه. وحكى ثعلب عن ابن الأعرابي قال السبق والخطر والندب والفرغ والوجب كله الذي يوضع فيه قوله: **(الخيل المضمرة)** تضمير الخيل أن تسقي اللبن وتعلف اليابس من العلف وتجري في طرفي النهار تترك على ذلك أياماً ثم يسابق بينها. وقال الهروي تضميرها أن يشد عليها سرجها وتجلل بالأجلة حتى تعرق تحتها فيذهب رهلها، ويشتد لحمها قوله: **(ثنية الوداع)** الثنية العقبة وجمعها ثنايا ومنه فلان طلاع الثنايا أي سام للأمور، قوله: **(من هذه القدرة)** بالدال المهملة يعني المقدور عليه كالدنيا وما فيها مما خلق بقدرة الله تعالى وعظمته، ويروى القذرة بفتح القاف وكسر الذال المعجمة يعني به الدنيء وهو الأشهر لأنه عليه الصلاة والسلام قد سماها في غير هذا الموضع أم ذفر لاستقذاره إياها ونتنها. وابن الأدرع داله مهملة نص القلعي عليه وهو اسم علم والأدرع في غيره الذي يخالطه سواد وبياض قوله: **(رباط الخيل)** هو مرابطتها

---

(١) رواه البخاري في كتاب الجهاد باب ٥٩. أبو داود في كتاب الأدب باب ٨. النسائي في كتاب الخيل باب ١٤، ١٦.

(٢) رواه مسلم في كتاب الإمارة حديث ١٦٧. أبو داود في كتاب الجهاد باب ٢٣ ابن ماجه في كتاب الجهاد باب ١٩. الدارمي في كتاب الجهاد باب ١٤. أحمد في مسنده (٤/ ١٥٧).

من أن تركبوا»[١] و«**ليس من اللهو إلا ثلاثة**: ملاعبة الرجل أهله، وتأديبه فرسه ورميه بقوسه»[٢] ومن علمه الله الرمي فتركه رغبة عنه فنعمة كفرها وإن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة: **صانعه المحتسب فيه الخير** والرامي **ومنبله**»[٣].

فصل: ويجوز ذلك بعوض لما روي أنه سئل عثمان رضي الله عنه أكنتم تراهنون على عهد رسول الله ﷺ قال: نعم راهن رسول الله ﷺ على فرس له فجاءت سابقة **فهش لذلك** وأعجبه. والرهن لا يكون إلا على عوض، ولأن في بذل العوض فيه تحريضاً على التعلم والاستعداد للجهاد.

فصل: ويجوز أن يكون العوض منهما ويجوز أن يكون من أحدهما، ويجوز أن يبذله السلطان من بيت المال، ويجوز أن يكون من رجل من الرعية لأنه إخراج مال لمصلحة الدين، فجاز من الجميع كارتباط الخيل في سبيل الله، ولا يجوز إلا على عوض معلوم إما معيناً أو موصوفاً في الذمة لأنه عقد معاوضة فلم يجز إلا على عوض معلوم كالبيع، ويجوز على عوض حال ومؤجل لأنه عوض يجوز أن يكون عيناً وديناً فجاز أن يكون حالاً ومؤجلاً كالثمن في البيع.

فصل: فإن كان العوض من أحدهما أو من السلطان أو من رجل من الرعية فهو كالجعالة، وإن كان منهما ففيه قولان: أحدهما أنه يلزم كالإجارة وهو الصحيح لأنه عقد من شرط صحته أن يكون العوض والمعوض معلومين فكان لازماً كالإجارة، والثاني أنه لا يلزم كالجعالة لأنه عقد يبذل العوض فيه على ما لا يوثق به فلم يلزم كالجعالة، فإن قلنا إنه كالإجارة كان حكمهما في الرهن والضمين حكم الإجارة وحكمهما في خيار

وملازمتها ثغر العدو قوله: (**وليس من اللهو إلا ثلاثة**) أي ليس يحل من اللهو إلا ذلك وأهله أراد زوجته قوله: (**صانعه المحتسب فيه الخير**) هو الطالب يقال فلان يحتسب الأخبار يطلبها قوله: (**منبله**) أي معطيه يقال نبله إذا أعطاه النبل. وفي الحديث أنه كان ينبل سعداً إذا رمى كلما نفدت نبله أنبله أي أعطاه أخرى قال الطويري قبل هو الملتقط وقيل الذي جعل الحديدة في رأسه قوله: (**فهش لذلك**) الهشاشة الارتياح والخفة للمعروف ومعناه فرح وسر وقد

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الجهاد باب ٢٣. النسائي في كتاب الخيل باب ٨. ابن ماجه في كتاب الجهاد باب ١٩. الدارمي في كتاب الجهاد باب ١٤.

(٢) رواه الترمذي في كتاب فضائل الجهاد باب ١١. ابن ماجه في كتاب الجهاد باب ١٩. الدارمي في كتاب الجهاد باب ١٤. أحمد في مسنده (٤/ ١٤٤، ١٤٨).

(٣) رواه أبو داود في كتاب الجهاد باب ٢٣. الترمذي في كتاب الجهاد باب ١١. النسائي في كتاب الجهاد باب ٢٦. ابن ماجه في كتاب الجهاد باب ١٩. أحمد في مسنده (٤/ ١٤٤، ١٤٦، ١٤٨).

المجلس وخيار الشرط حكم الإجارة، ولا يجوز لواحد منهما فسخه بعد تمامه، ولا الزيادة ولا النقصان بعد لزومه، كما لا يجوز ذلك في الإجارة، وإن قلنا إنه كالجعالة كان حكماً في الرهن والضمان حكم الجعالة وقد مضى ذلك في كتاب الرهن والضمان فأما الفسخ والزيادة والنقصان، فإن كان قبل الشروع فيه أو بعد الشروع فيه **وهما متكافئان** فلكل واحد منهما أن يفسخ ويزيد وينقص، لأنه عقد جائز لا ضرر على أحد في فسخه والزيادة والنقصان فيه، وإن كانا غير متكافئين نظرت؛ فإن كان الذي له الفضل هو الذي يطلب الفسخ أو الزيادة جاز لأنه عقد جائز لا ضرر على صاحبه في الفسخ والزيادة فيه فملك الفسخ والزيادة فيه، وإن كان الذي عليه الفضل هو الذي يطلب الفسخ أو الزيادة ففيه وجهان: أحدهما له ذلك لأنه عقد جائز فملك فسخه والزيادة فيه. والثاني ليس له لأنا لو جوزنا ذلك لم يسبق أحد أحداً لأنه متى لاح له أن صاحبه يغلب فسخ أو طلب الزيادة فيبطل المقصود.

فصل: وتجوز المسابقة على الخيل والإبل بعوض لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر»[1] ولأن الخيل تقاتل عليها العرب والعجم والإبل تقاتل عليها العرب، فجازت المسابقة عليها بالعوض، واختلف قوله في البغل والحمار فقال في أحد القولين تجوز المسابقة عليهما بعوض لحديث أبي هريرة ولأنه ذو حافر أهلي فجازت المسابقة عليهما بعوض كالخيل، والثاني لا تجوز لأنه لا يصلح للكر والفر فأشبه البقر. واختلف أصحابنا في المسابقة على الفيل بعوض، فمنهم من قال لا تجوز لأنه لا يصلح للكر والفر، ومنهم من قال تجوز لحديث أبي هريرة، ولأنه ذو خف يقاتل عليه فأشبه الإبل واختلفوا في المسابقة على الحمام فمنهم من قال لا تجوز المسابقة عليها بعوض وهو المنصوص لحديث أبي هريرة، ولأنه ليس من آلات الحرب فلم تجز المسابقة عليه بعوض، ومنهم من قال تجوز لأنه يستعان به على الحرب في حمل الأخبار فجازت المسابقة عليه بعوض كالخيل، واختلفوا في سفن الحرب **كالزبازب والشذوات** فمنهم من قال تجوز وهو قول أبي العباس لأنها في قتال

هششت لفلان بالكسر ورجل هش بش قوله: **(وهما متكافئان)** أي متساويان. وقد ذكر قوله: **(لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر)** السبق بسكون الباء مصدر سبق يسبق سبقاً. والسبق بتحريك الباء المال الذي يسابق عليه. والنصل للسهم والخف للإبل والحافر للفرس والبغل والحمار والظلف لسائر البهائم والمخلب للطير والظفر للإنسان قوله: **(كالزبازب والشذوات)**

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الجهاد باب ٦٠. الترمذي في كتاب الجهاد باب ٢٢. النسائي في كتاب الخيل باب ١٤. ابن ماجه في كتاب الجهاد باب ٤٤.

الماء كالخيل في قتال الأرض، ومنهم من قال لا تجوز لأن سبقها بالملاح لا بمن يقاتل فيها، واختلفوا في المسابقة على الإقدام بعوض فمنهم من قال تجوز لأن الإقدام في قتال الرجالة كالخيل في قتال الفرسان، ومنهم من قال لا تجوز وهو المنصوص لحديث أبي هريرة ولأن المسابقة بعوض أجيزت ليتعلم بها ما يستعان به في الجهاد، والمشي بالأقدام لا يحتاج إلى التعلم، واختلفوا في السراع فمنهم من قال يجوز بعوض لما روي أن النبي ﷺ صارع يزيد بن ركانة على شاء فصرعه ثم عاد فصرعه ثم عاد فصرعه فأسلم ورد عليه الغنم، ومنهم من قال لا يجوز وهو المنصوص لحديث أبي هريرة ولأنه ليس من آلات القتال، وحديث يزيد بن ركانة محمول على أنه فعل ذلك ليسلم ولأنه لما أسلم رد عليه ما أخذ منه.

فصل: وتجوز المسابقة بعوض على الرمي بالنشاب والنبل وكل ماله نصل يرمي به كالحراب والرانات لحديث أبي هريرة ولأنه يحتاج إلى تعلمه في الحرب فجاز أخذ العوض عليه، ويجوز على رمي الأحجار عن المقلاع لأنه سلاح يرمي به فهو كالنشاب، وأما الرمح والسيف والعمود ففيه وجهان: أحدهما تجوز المسابقة عليها بعوض لأنه سلاح يقاتل به فأشبه النشاب، والثاني لا تجوز لأن القصد بالمسابقة التحريض على تعلم ما يعد للحرب والمسابقة بهذه الآلات محاربة لا مسابقة فلم تجز كالسبق على أن يرمي بعضهم بعضاً بالسهم.

فصل: وأما كرة الصولجان ومداحاة الأحجار ورفعها من الأرض والمشابكة والسباحة واللعب بالخاتم والوقوف على رجل واحدة وغير ذلك من اللعب الذي لا يستعان به على الحرب، فلا تجوز المسابقة عليها بعوض، لأنه لا يعد للحرب فكان أخذ العوض فيه من أكل المال بالباطل.

فصل: وإن كانت المسابقة على مركوبين فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال لا تجوز إلا على مركوبين من جنس واحد كالفرسين والبعيرين، فإن سابق بين فرس وبعير أو فرس وبغل لم يجز لأن تفاضل الجنسين معلوم، وأنه لا يجري البغل في شوط الفرس كما قال الشاعر:

الواحد زبزب ضرب من السفن وهما نوعان من السفن صغار سريعة الجري خفاف وكبار وهو من ألفاظ العجم. والرانات المزاريق. والصولجان معروف يضرب به الكرة عود أعوج معقف وأصل الكرة كرو والهاء عوض وتجمع على كرين وكرين أيضاً بالكسر وكرات.

قوله: **(مداحاة الأحجار)** قال في الفائق هي أحجار أمثال القرصة يحفرون حفيرة، فيدحون بها إليها فمن وقع حجره فيها فقد قمر والحفيرة هي الأدحية وفي حديث أبي رافع كنت ألاعب الحسن والحسين بالمداحي وتسمى المسادي ويدحونها أي يحفرونها على وجه

إن الـمـذرع لاَ تُـغْـنَـى خُـؤُلَـتُـهُ   كَالْبَغْلِ يَعْجَزُ عَنْ شَوْطِ المَحَاضِيرِ

ويجوز أن يسابق بين العتيق والهجين، لأن العتيق في أول شوطه أحد وفي آخره ألين، والهجين في أول شوطه ألين وفي آخره أحد فربما صارا عند الغاية متكافئين، ومنهم من قال وهو قول أبي إسحاق إنه يعتبر التكافؤ بالتقارب في السبق فإن تقارب جنسان كالبغل والحمار جاز لأنه يجوز أن يكون كل واحد منهما سابقاً والآخر مسبوقاً، وإن تباعد نوعان من جنس كالهجين والعتيق **والبختي** والنجيب لم يجز لأنه يعلم أن أحدهما لا يجري في شوط الآخر. قال الشاعر:

إن البراذين إذا أجريتها   مع العتاق ساعة أعنيتها

فلا معنى للعقد عليه.

فصل: ولا تجوز إلا على مركوبين معينين لأن القصد **معرفة جوهرهما** ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين.

فصل: ولا تجوز إلا على مسافة معلومة الابتداء والانتهاء لحديث ابن عمرو رضي الله عنه أن النبي ﷺ سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع وما لم يضمر منها من ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق، ولأنهما إذا تسابقا على إجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر إلى غير غاية لم يؤمن أن لا يسبق أحدهما الآخر إلى أن يعطبا. ولا يجوز أن يكون إجراؤه إلا بتدبير الراكب لأنهما إذا جريا لأنفسهما تنافرا ولم يقفا على الغاية، وإن تسابقا على أن من سبق صاحبه بخمسة أقدام فأكثر كان السبق له فقد قال أبو علي الطبري في الإفصاح يجوز ذلك عندي لأنهما يتحاطان ما تساويا فيه، وينفرد أحدهما بالقدر الذي شرطه فجاز كما يجوز في الرمي أن يتناضلا على أن يتحاطا ما تساويا فيه ويفضل لأحدهما عدد. قال أبو علي الطبري: ورأيت من أصحابنا من منع ذلك وأبطله ولا أعرف له وجهاً.

الأرض قوله: **(المذرع)** هو الذي أشرف من أبيه قال الفرزدق:

إذا باهلي عنده حنظلية   له ولد منها فذاك المذرع

قال في الصحاح يقال إنما سمى مذرعاً بالرقمتين في ذراع البغل لأنهما أتياه من ناحية الحمار والمحاضير جمع محضار وهو السريع في العدو والحضر، والاحتضار العدو والعتيق الذي أبواه عربيان والهجين أبوه عربي وأمه عجمية قوله: **(والبختي)** البخت جنس من الإبل معروف بطيء الجري قيل لا شقشقة له إذا هدر. والنجيب الحسن الخلق السريع في المشي ومعناه المختار، انتخبت الشيء اخترته. والبرذون فرس عجمي معروف وهو القصير العنق الثقيل في جسمه البطيء في جريه.

قوله: **(معرفة جوهرهما)** أي نفاستهما وجودة جريهما.

فصل: وإن كان المخرج للسبق هو السلطان أو رجل من الرعية لم يخل إما أن يجعله للسابق منهم أو لبعضهم أو لجميعهم، فإن جعله للسابق بأن قال من سبق منكم فله عشرة جاز لأنه يجتهد كل واحد منهم أن يكون هو السابق ليأخذ السبق فيحصل المقصود، فإن سبق واحد منهم استحق العشرة لأنه سبق، وإن سبق اثنان أو ثلاثة وجاءوا مكاناً واحداً اشتركوا في العشرة لأنهم اشتركوا في السبق، فإن جاءوا كلهم مكاناً واحداً لم يستحق واحد منهم لأنه لم يسبق منهم أحد. وإن جعله لبعضهم بأن جعله للمجلى والمصلى ولم يجعل الباقي جاز لأن كل واحد منهم يجتهد أن يكون هو المجلى أو المصلي ليأخذ السبق فيحصل المقصود، وإن جعله لجميعهم نظرت؛ فإن سوى بينهم بأن قال من جاء منكم إلى الغاية فله عشرة لم يصح لأن القصد من بذل العوض هو التحريض على المسابقة وتعلم **الفروسية** فإذا سوى بين الجميع علم كل واحد منهم أنه يستحق السبق تقدم أو تأخر فلا يجتهد في المسابقة فيبطل المقصود، وإن شرط للجميع وفاضل بينهم بأن قال للمجلى وهو الأول مائة وللمصلي وهو الثاني خمسون، وللتالي وهو الثالث أربعون، وللبارع وهو الرابع ثلاثون، وللمرتاح وهو الخامس عشرون، وللحظى وهو السادس خمسة عشر، وللعاطف وهو السابع عشرة، وللمرمل وهو الثامن ثمانية، وللطيم وهو التاسع خمسة، وللسكيت وهو العاشر درهم وللفسكل وهو الذي يجيء بعد الكل نصف درهم ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأن كل واحد منهم يجتهد ليأخذ الأكثر، والثاني لا يجوز لأن كل واحد منهم يعلم أنه لا يخلو من شيء تقدم أو تأخر فلا يجتهد في المسابقة وإن جعل للأول عشرة وللثالث خمسة وللرابع أربعة، ولم يجعل للثاني شيئاً ففيه وجهان: أحدهما يصح ويقوم الثالث مقام الثاني، والرابع مقام الثالث لأن الثاني بخروجه من السبق يجعل كأن لم يكن، والثاني أنه يبطل لأنه فضل الثالث والرابع على من سبقهما.

فصل: فإن كان المخرج للسبق هما المتسابقان نظرت، فإن كان معهما محلل وهو ثالث على فرس كفء لفرسيهما صح العقد، وإن لم يكن معهما محلل فالعقد باطل لما

قوله: (**المجلي**) وهو الأول قال المطرزي يحتمل أن يكون من جلا الهموم إذا فرجها وكشفها. والمصلي هو الثاني لأن جفلته على صلى السابق وهي منخره والصلوان عظمان عن يمين الذنب وشماله قال:

* تلقي السوابق منا والمصلينا *

قوله: (**الفروسية**) يقال فارس على الخيل بين الفروسية. وفارس بالعين بين الفراسة، أي جيد التفرس يصير بالأشياء. وبالتالي التابع تلاه إذا تبعه. والبارع الفائق يقال برع الرجل

روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار»[1]، ولأن مع المحلل لا يكون قماراً لأن فيهم من يأخذ إذا سبق ولا يعطي إذا سبق وهو المحلل ومع عدم المحلل ليس فيهم إلا من يأخذ إذا سبق، ويعطي إذا سبق وذلك قمار، وإن كان المحلل اثنين أو أكثر جاز لأن ذلك أبعد من القمار، وإن كان المسابقة بين حزبين كان حكمهما في المحلل حكم الرجلين، لأن القصد من دخول المحلل الخروج من القمار، وذلك يحصل بالمحلل الواحد مع قلة العدد وكثرته واختلف أصحابنا في دخول المحلل فذهب أكثرهم إلى أن دخول المحلل لتحليل السبق لكل من سبق منهم، وذهب أبو علي بن خيران إلى أن دخوله لتحليل السبق لنفسه، وأن يأخذ إذا سبق ولا يأخذان إذا سبقا لأنا لو قلنا إنهما إذا سبقا أخذاً حصل فيهم من يأخذ مرة ويعطي مرة وهذا قمار والمذهب الأول لأنا بينا أن بدخول المحلل خرجا من القمار، لأن في القمار ليس فيهم إلا من يعطي مرة ويأخذ مرة وبدخول المحلل قد حصل فيهم من يأخذ ولا يعطي فلم يكن قماراً، فإن تسابقوا نظرت فإن انتهوا إلى الغاية معاً أحرز كل واحد منهما سبقه لأنه لم يسبقه أحد ولم يكن للمحلل شيء لأنه لم يسبق واحداً منهما، وإن سبق المخرجان أحرز كل واحد منهما سبقه لأنهما تساويا في السبق ولا شيء للمحلل لأنه مسبوق، وإن سبقهما المحلل أخذ سبقهما لأنه سبقهما، وإن سبق أحد المخرجين وتأخر المحلل والمخرج الآخر أحرز السابق سبق نفسه، وفي سبق المسبوق وجهان: المذهب أنه للسابق المخرج لأنه انفرد بالسبق، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبق المسبوق لنفسه لأنه لا يستحقه السابق المخرج على قوله، ولا يستحقه المحلل لأنه لم يسبق وإن سبق المحل وأحد المخرجين أحرز السابق سبق نفسه، وفي سبق المسبوق وجهان: المذهب أنه بين المخرج السابق والمحلل وعلى مذهب ابن خيران يكون سبقه للمحلل. وإن سبق أحد المخرجين ثم جاء المحلل ثم جاء المخرج الآخر ففيه وجهان: المذهب إن سبق المسبوق للمخرج السابق بسبقه، وعلى مذهب ابن خيران للمحلل دون السابق، وإن سبق

وبرع أيضاً بالضم براعة أي فاق أصحابه في العلم فهو بارع. والمرتاح مفتعل من راح الفرس يراح راحة إذا حصن أي صار فحلاً وارتاح أيضاً إذا نشط وجف، والحظى الذي له قدر ومنزلة عند صاحبه يقال قد حظي عند الأمير واحتظى به واحتظيته أي فضلته على غيره. والعاطف أخذ إما من عطف إذا كر وإما من عطف إذا أشفق كأن صاحبه يشفق عليه.

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الجهاد باب ٤٤. أحمد في مسنده (٢/ ٥٠٥).

أحد المخرجين ثم جاء المخرج الثاني ثم جاء المحلل ففيه وجهان: المذهب أن سبق المسبوق للسابق وعلى مذهب ابن خيران يكون للمسبوق لأن المخرج السابق لا يستحقه والمحلل له يسبق فبقي على ملك صاحبه.

فصل: وإن كان المخرج للسبق أحدهما جاز من غير محلل لأن فيهم من يأخذ ولا يعطي، وهو الذي لم يخرج فصار كما لو كان السبق منهما وبينهما محلل، فإن تسابقا فسبق المخرج أحرز السبق، وإن سبق الآخر أخذ سبقه، وإن جاآ معاً أحرز المخرج السبق لأنه لم يسبقه الآخر.

فصل: ويطلق الفرسان من مكان واحد في وقت واحد، لما روى الحسن أو خلاس عن علي كرَّم الله وجهه أن النبي ﷺ قال لعلي: «يا علي قد جعلت إليك هذه السبقة بين الناس»، فخرج علي كرم الله وجهه فدعا بسراقة بن مالك، فقال يا سراقة إني قد جعلت إليك ما جعل النبي ﷺ في عنقي من هذه السبقة في عنقك **فإذا أتيت الميطان** فصف الخيل ثم ناد ثلاثاً هل مصلح للجام أو حام لغلام، أو طارح لجل، فإذا لم يجبك أحد فكبر ثلاثاً ثم خلها عند الثالثة يسعد الله بسبقه من يشاء من خلقه، فإن كان بينهما محلل وتنازعا في مكانه جعل بينهما لأنه أعدل وأقطع للتنافر، وإن اختلف المتسابقان في اليمين واليسار أقرع بينهما لأنها مزية لأحدهما على الآخر **ولا يجلب** وراءه لما روي ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أجلب على الخيل يوم الرهان فليس منا» قال مالك الجلب أن يجلب وراء الفرس حين يدنو أو يحرك وراءه الشن ليستحث به السبق.

فصل: وأما ما يسبق به فينظر فيه؛ فإن شرط في السبق أقداماً معلومة لم يستحق

والمرمل الذي يرمل ويعدو والرمل العدو والإسراع وفي أكثر النسخ المؤمل ولا يوصف به الفرس في اللغة ولعله أمل لأن يسبق. واللطيم الذي يلطمه النساء لتأخره وإعيائه. والسكيت مثل الكميت وهو آخرها قال الجوهري وقد يشدد فيقال السكيت، وهو القاشور واشتقاقه من قشر أي شتم لمجيئه أخيراً والقاشور الشؤم والقاشور السنة الجدبة لقلة حظه من السبق والسكيت مشتق من سكت أي سكن أو من أسكت أي انقطع لتخلفه وانقطاعه قال الشاعر:

* قد رابني أن الكرى أسكتا *

أي انقطع وقيل إن هذه أسماء خيل كانت في الجاهلية سوبق بينها فبقيت على أسمائها. والفسكل ويقال فسكول بالضم وسين مهملة، وفسكول بكسر الفاء وفتح الكاف. وسمي المحلل محللاً لأن بدخوله يحل السبق ولا يكون قماراً. والسبق بفتح الباء وهو المال وبإسكانها المصدر. والقمار معروف يقال قمرته أقمره بالكسر قمراً لاعبته فيه فغلبته قوله: **(فإذا أتيت الميطان)** هو الموضع الذي يوطن ليرسل منه الخيل في السباق وهو أول الغاية. والميداء والميتاء آخر الغاية والغاية هي التي ينتهي إليها جريهما قوله: **(ولا يجلب وراءه)** من

السبق بما دونها لأنه شرط صحيح فتعلق الاستحقاق به، وإن أطلق نظرت إن تساوى المركوبان في طول العنق اعتبر السبق بالعنق أو **بالكتد**، فإن سبق أحدهما بالعنق أو ببعضه أو بالكتد أو ببعضه فقد سبق، وإن اختلفا في العنق اعتبر السبق بالكتد لأنه لا يختلف، وإن سبق أطولهما عنقاً بقدر زيادة الخلقة لم يحكم له بالسبق لأنه يسبق بزيادة الخلقة لا بجودة الجري.

فصل: وإن عثر أحد الفرسين أو **ساخت قوائمه في الأرض** أو وقف لعلة أصابته فسبقه الآخر لم يحكم للسابق بالسبق لأنه لم يسبق بجودة الجري ولا تأخر المسبوق لسوء جريه.

فصل: وإن مات المركوب قبل الفراغ بطل العقد لأن العقد تعلق بعينه وقد فات بالموت فبطل كالمبيع إذا هلك قبل القبض وإن مات الراكب، فإن قلنا إنه كالجعالة بطل العقد بموته، وإن قلنا إنه كالإجارة لم يبطل وقام الوارث فيه مقامه.

فصل: وإن كان العقد على الرمي لم يجز بأقل من نفسين لأن المقصود معرفة الحذق ولا يبين ذلك بأقل من اثنين فإن قال رجل لآخر ارم عشراً وناضل فيها خطأك بصوابك فإن كان صوابك أكثر فلك دينار لم يجز لأنه بذل العوض على أن يناضل نفسه وقد بينا أن ذلك لا يجوز، وإن قال ارم عشراً فإن كان صوابك أكثر فلك دينار ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه بذل له العوض على عمل معلوم لا يناضل فيه نفسه فجاز، والثاني لا يجوز لأنه جعل العوض في مقابلة الخطأ والصواب والخطأ لا يستحق به بدل.

فصل: ولا يجوز إخراج السبق إلا على ما ذكرناه في المسابقة من إخراج العوض منهما أو من غيرهما وفي دخول المحلل بينهما.

فصل: ولا يصح حتى يتعين المتراميان لأن المقصود معرفة حذقهما، ولا يعلم ذلك إلا بالتعيين، فإن كان أحدهما كثير الإصابة والآخر كثير الخطأ ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأن نضل أحدهما معلوم فيكون الناضل منهما كالآخذ للمال من غير نضال وذلك من أكل المال بالباطل، والثاني لا يجوز لأن أخذ المال منه يبعثه على معاطاة الرمي والحذق فيه.

فصل: ولا يصح إلا على آلتين متجانستين فإن عقد على جنسين بأن يرمي أحدهما بالنشاب والآخر بالحراب لم يجز لأنه لا يعلم فضل أحدهما على الآخر في واحد من

أجلب على الخيل أي صوت. والجلبة كثرة الأصوات والشن قربة بالية قوله: **(الكتد)** يقال بفتح التاء وكسرها وهو الكاهل، ما بين أصل العنق والظهر، وهو مجتمع الكتفين وهومن الخيل مكان السنام من البقر ذكره في الشامل قوله: **(ساخت قوائمه في الأرض)** أي نزلت

الجنسين، وإن عقد على نوعين من جنس بأن يرمي أحدهما بالنبل، والآخر بالنشاب أو يرمي أحدهما على قوس عربي والآخر على قوس فارسي جاز لأن النوعين من جنس واحد يتقاربان فيعرف به حذقهما، فإن أطلق العقد في موضع العرف فيه نوع واحد حمل العقد عليه، وإن لم يكن فيه عرف لم يصح حتى يبين لأن الأغراض تختلف باختلاف النوعين فوجب بيانه، وإن عقد على نوع فأراد أن ينتقل إلى نوع آخر لم تلزم الإجابة إليه، لأن الأغراض تختلف باختلاف الأنواع فإن من الناس من يرمي بأحد النوعين أجود من رميه بالنوع الآخر، وإن عقد على قوس بعينها فأراد أن ينتقل إلى غيرها من نوعها جاز لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الأعيان، فإن شرط على أنه لا يبدل فهو على الأوجه الثلاثة فيمن استأجر ظهراً ليركبه على أن لا يركبه مثله وقد بيناها في كتاب الإجارة.

فصل: **ولا يجوز إلا على رشق** معلوم وهو العدد الذي يرمي به لأنه إذا لم يعرف منتهى العدد لم يبن الفضل ولم يظهر السبق.

فصل: ولا يجوز إلا على إصابة عدد معلوم لأنه لا يبين الفضل إلا بذلك، فإن شرط إصابة عشرة من عشرة، أو تسعة من عشرة ففيه وجهان: أحدهما يصح لأنه قد يصيب ذلك فصح العقد كما لو شرط إصابة ثمانية من عشرة، والثاني لا يصح لأن إصابة ذلك تندر وتتعذر فبطل المقصود بالعقد.

فصل: ولا يجوز إلا أن يكون **مدى الغرض** معلوماً لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد فوجب العلم به، فإن كان في الموضع غرض معلوم المدى فأطلق العقد جاز وحمل عليه كما يجوز أن يطلق الثمن في البيع في موضع فيه نقد واحد، وإن لم يكن فيه غرض معلوم المدى لم يجز العقد حتى يبين فإن أطلق العقد بطل كما يبطل البيع بثمن مطلق في موضع لا نقد فيه ويجوز أن يكون مدى الغرض قدراً يصيب مثلهما في مثله في العادة، ولا يجوز أن يكون قدراً لا يصيب مثلهما في مثله، وفيما يصيب مثلهما في مثله نادراً وجهان: أحدهما يجوز لأنه قد يصيب مثلهما في مثله فإذا عقدا عليه بعثهما العقد على الاجتهاد في الإصابة، والثاني لا يجوز لأن إصابتهما في مثله تندر فلا يحصل

فيها من رخوتها قوله: (**ولا يجوز إلا على رشق**) الرشق بكسر الراء عدد الرمي ويقال الوجه واليد وأما الرشق بفتح الراء فهو الرمي نفسه، تقول رشقت رشقاً أي رميت رمياً.

قوله: (**مدى الغرض**) المدى الغاية يقال: قطعت من الأرض مدى البصر، وقدر مد البصر أيضاً عن يعقوب والغرض هو الذي ينصب ليرمي قال في البيان: الجريد هو الطوق الذي يكون حول الجلد. والهدف كل شيء مرتفع من بناء أو كثيب رمل أو جبل ومنه سمي الغرض. وقيل الغرض ما نصب في الهواء. والخزق بالزاي مثل الخسق. والحاسق هو

المقصود، وقدر أصحابنا ما يصاب منه بمائتين وخمسين ذراعاً وما لا يصاب بما زاد على ثلثمائة وخمسين ذراعاً وفيما بينهما وجهان: فإن تراميا على غير غرض على أن يكون السبق لأبعدهما رمياً ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه يمتحن به قوة الساعد ويستعان به على قتال من بعد من العدو، والثاني لا يجوز لأن الذي يقصد بالرمي هو الإصابة فأما الأبعاد فليس بمقصود فلم يجز أخذ العوض عليه.

فصل: ويجب أن يكون الغرض معلوماً في نفسه فيعرف طوله وعرضه وقدر انخفاضه وارتفاعه من الأرض لأن الإصابة تختلف باختلافه، فإن كان العقد في موضع فيه غرض معروف فأطلق العقد حمل عليه كما يحمل البيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد متعارف على نقد البلد، وإن لم يكن فيه غرض وجب بيانه والمستحب أن يكون الرمي بين غرضين، لما روى عبد الدائم بن دينار قال: بلغني أن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة، وعن عقبة بن عامر أنه كان يرمي بين غرضين بينهما أربعمائة. وعن ابن عمر أنه كان يختفي بين الغرضين. وعن أنس أنه كان يرمي بين الهدفين ولأن ذلك أقطع للتنافر وأقل للتعب.

فصل: ويجب أن يكون موضع الإصابة معلوماً وأن الرمي إلى الهدف وهو التراب الذي يجمع أو الحائط الذي يبني أو إلى الغرض وهو الذي ينصب في الهدف أو الشن الذي في الغرض أو الدارة التي في الشن أو الخاتم الذي في الدارة لأن الغرض يختلف باختلافها، فإن أطلق العقد حمل على الغرض لأن العرف في الرمي إصابة الغرض فحمل العقد عليه، ويجب أن تكون صفة الرمي معلومة من القرع وهو إصابة الغرض أو الخزق، وهو أن يثقب الشن أو الخسق وهو الذي يثقبه ويثبت فيه أو المرق وهو الذي ينفذ منه أو الخرم وهو أن يقع طرف الشن، ويكون بعض السهم في الشن وبعضه خارجاً منه لأن الخزق لا يبين إلا بذلك فإن أطلق العقد حمل على القرع، لأنه هو المتعارف فحمل مطلق العقد عليه، فإن شرط قرع عشرة من عشرين وأن يحسب خاسق كل واحد منهما بقارعين جاز لأنهما يتساويان فيه، وإن أصاب أحدهما تسعة قرعاً وأصاب الآخر قارعين وأربعة خواسق فقد نضله لأنه استكمل العشرة بالخواسق.

فصل: واختلف أصحابنا في بيان حكم الإصابة إنه مبادرة أو محاطة أو **حوابي**، فمنهم من قال يجب بيانه فإن أطلق العقد لم يصح لأن حكمها يختلف وأغراض الناس فيها لا تتفق فوجب بيانه، ومنهم من قال يصح ويحمل على المبادرة لأن المتعارف في الرمي وهو المبادرة، واختلفوا في بيان من يبتدئ بالرمي، فمنهم من قال يجب فإن أطلق

المقرطس. القرطاس ما ينصب في الهدف للرمي ذكره في الديوان. قوله: **(الحوابي)** جمع

العقد بطل وهو المنصوص، لأن ذلك موضوع على نشاط القلب وقوة النفس ومتى قدم أحدهما انكسر قلب الآخر وساء رميه فلا يحصل مقصود العقد، ومنهم من قال يصح لأن ذلك من توابع العقد ويمكن تلافيه بما تزول به التهمة من العرف أو القرعة، فإذا قلنا إنه يصح ففي البادئ وجهان: أحدهما إن كان السبق من أحدهما قدم لأن له مزية بالسبق، وإن كان السبق منهما أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، والثاني لا يبدأ أحدهما إلا بالقرعة لأن أمر المسابقة موضوع على أن لا يفضل أحدهما على الآخر بالسبق، فإن كان الرمي بين غرضين فبدأ أحدهما من أحد الغرضين بدأ الآخر من الغرض الآخر لأنه أعدل وأسهل، فإن كانت البداية لأحدهما فبدأ الآخر ورمى لم يحسب له إن أصاب ولا عليه إن أخطأ لأنه رمي بغير عقد فلم يعتد به، وإن اختلفا في موضع الوقوف كان الأمر إلى من له البداية لأنه لما ثبت له السبق ثبتت له اختيار المكان، فإذا صار الثاني إلى الغرض الثاني صار الخيار في موضع الوقوف إليه ليستويا، وإن طلب أحدهما استقبال الشمس والآخر استدبارها أجيب من طلب الاستدبار لأنه أوفق للرمي.

فصل: ويجوز أن يرميا سهماً وخمساً خمساً وأن يرمي كل واحد منهما جميع الرشق، فإن شرطا شيئاً من ذلك حملا عليه، وإن أطلق العقد تراسلا سهماً سهماً لأن العرف فيه ما ذكرناه، وإن رمى أحدهما أكثر مما له لم يحسب له إن أصاب ولا عليه إن أخطأ لأنه رمى من غير عقد فلم يعتد به.

فصل: ولا يجوز أن يتفاضلا في عدد الرشق ولا في عدد الإصابة ولا في صفة الإصابة ولا في محل الإصابة ولا أن يحسب قرع أحدهما خسقاً، ولا أن يكون في يد أحدهما من السهام أكثر مما في يد الآخر في حال الرمي، ولا أن يرمي أحدهما والشمس في وجهه، لأن القصد أن يعرف حذقهما، وذلك لا يعرف مع الاختلاف لأنه إذا نضل أحدهما كان النضل بما شرط لا بجودة الرمي، فإن شرط شيئاً من ذلك بطل العقد لأنه في أحد القولين كالإجارة وفي الثاني كالجعالة والجميع يبطل بالشرط الفاسد. وهل يجب للناضل في الفاسد أجرة المثل؟ فيه وجهان: أحدهما لا تجب وهو قول أبي إسحاق لأنه لا يحصل للمسبوق منفعة بسبق السابق فلم تلزمه أجرته، والثاني تجب وهو الصحيح لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب عوض المثل في فاسده كالبيع والإجارة.

فصل: وإن شرط على السابق أن يطعم أصحابه من السبق بطل الشرط لأنه شرط

حابي والحابي من السهام الذي يقع على الأرض يزحف إلى الهدف. يقال: حبا الصبي يحبو إذا زحف أول ما يمشي على استه وبطنه وهذا مأخوذ منه.

ينافي مقتضى العقد فبطل، وهو يبطل العقد المنصوص أنه يبطل لأنه تمليك مال شرط فيه شرط يمنع كمال التصرف فإذا بطل الشرط بطل العقد كما لو باعه سلعة بألف على أن يتصدق بها. وقال أبو إسحاق: يحتمل قولاً آخر لا يبطل كما قال فيمن أصدق امرأته ألفين على أن تعطي أباها ألفاً أن الشرط باطل ويصح الصداق، فإذا قلنا بالمنصوص سقط المستحق وهل يرجع السابق بأجرة المثل على الوجهين.

فصل: وإذا تناضلا لم يخل إما أن يكون الرمي مبادرة أو محاطة أو حوابي، فإن كان مبادرة وهو أن يعقد على إصابة عدد من الرشق، وأن من بدر منهما إلى ذلك مع تساويهما في الرمي كان ناضلاً فإن كان العقد على إصابة عشرة من ثلاثين نظرت؛ فإن أصاب أحدهما عشرة من عشرين وأصاب الآخر تسعة من عشرين، فالأول ناضل لأنه بادر إلى عدد الإصابة، وإن أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم ينضل واحد منهما ويسقط رمي الباقي لأن الزيادة على عدد الإصابة غير معتد بها، وإن أصاب الأول تسعة من عشرين وأصاب الآخر خمسة من عشرين، فالنضال بحاله لأنه لم يستوف واحد منهما عدد الإصابة فيرميان فإن رمى الأول سهماً وأصاب **فقد فلج** وسقط رمي الباقي، وإن رمى الأول خمسة فأخطأ في جميعها ورمى الثاني فأصاب في جميعها فإن الناضل هو الثاني ويسقط رمي ما بقي من الرشق لأن الأول أصاب تسعة من خمسة وعشرين وأصاب الثاني عشرة من خمسة وعشرين وإن أصاب الأول تسعة من تسعة عشر وأصاب الآخر ثمانية من تسعة عشر فرمى البادئ سهماً فأصاب **فقد نضل** ولا يرمي الثاني ما بقي من رشقه لأنه لا يستفيد به نضلاً ولا مساواة لأن الباقي من رشقه سهم وعليه إصابة سهمين، فإن أصاب كل واحد منهما تسعة من عشرة ثم رمى البادئ فأصاب جاز للثاني أن يرمي لأنه ربما يصيب فيساويه.

فصل: وإن كان الرمي محاطة وهو أن يعقدا على إصابة عدد من الرشق وأن يتحاطا ما استويا فيه من عدد الإصابة ويفضل لأحدهما عدد الإصابة فيكون ناضلاً نظرت؛ فإن كان العقد على إصابة خمسة من عشرين فأصاب كل واحد منهما خمسة من عشرة لم ينضل أحدهما الآخر، لأنه لم يفضل له عدد من الإصابة، فيرميان ما تبقى من الرشق لأنه يرجو كل واحد منهما أن ينضل، فإن فضل لأحدهما بعد تساويهما في الرمي وإسقاط ما استويا فيه عدد الإصابة لم يخل إما أن يكون قبل إكمال الرشق أو بعده، فإن كان بعد

قوله: **(فقد فلج)** أي غلب يقال: فلج خصمه أي غلبه. قوله: **(فقد نضل)** أي غلب بالمناضلة وهي المراماة.

إكمال الرشق بأن رمى أحدهما عشرين وأصابها ورمى الآخر فأصاب خمسة عشر فالأول هو الناضل لأنه يفضل له بعد المحاطة فيما استويا فيه عدد الإصابة، وإن كان قبل كمال الرشق وطالب صاحب الأقل صاحب الأكثر برمي باقي الرشق نظرت؛ فإن لم يكن له فائدة مثل أن يرمي الأول خمسة عشر وأصابها، ورمى الثاني خمسة عشر فأصاب خمسة لم يكن له مطالبته، لأن أكثر ما يمكن أن يصيب فيما بقي له وهو خمسة ويبقى للأول خمسة فينضله بها، وإن كان له فيه فائدة بأن يرجو أن ينضل بأن يرمي أحدهما أحد عشر فيصيب ستة ويرمي الآخر عشرة فيصيب واحداً ثم يرمي صاحب الستة فيخطئ فيما بقي له من الرشق، ويرمي صاحب الواحد فيصيب في جميع ما بقي له فينضله بخمسة أو يساويه بأن يرمي أحدهما خمسة عشر فيصيب منها عشرة ويرمي الآخر خمسة عشر فيصيب منها خمسة، ثم يرمي صاحب العشرة فيخطئ في الجميع ويرمي صاحب الخمسة فيصيب فيساويه أو يقلل إصابته بأن يصيب أحدهما أحد عشر من خمسة عشر، ويصيب الآخر سهمين من خمسة عشر ثم يرمي صاحب الأحد عشر ما بقي له من رشقه فيخطئ في الجميع ويرمي صاحب السهمين فيصيب في الجميع فيصير له سبعة ويبقى لصاحبه أربعة، فهل لأقلهما أصابة مطالبة الآخر بإكمال الرشق، فيه وجهان: أحدهما ليس له مطالبته لأنه بدر إلى الإصابة مع تساويهما في الرمي بعد المحاطة فحكم له بالسبق، والثاني له مطالبته لأن مقتضى المحاطة إسقاط ما استويا فيه من الرشق وقد بقي من الرشق بعضه.

فصل: وإن كان على العقد على جرابي وهو أن يشترطا إصابة عدد من الرشق على أن يسقط ما قرب من إصابة أحدهما ما بعد من إصابة الآخر، فمن فضل له بعد ذلك مما اشترطا عليه من العدد كان له السبق، فإن رمى أحدهما فأصاب من الهدف موضعاً بينه وبين الغرض قدر شبر حسب له فإن رمى الآخر فأصاب موضعاً بينه وبين الغرض قدر أصبع حسب له وأسقط ما رماه الأول، فإن عاد الأول رمى فأصاب الغرض أسقط ما رماه صاحبه، وإن أصاب أحدهما الشن وأصاب الآخر العظم الذي في الشن فقد قال الشافعي رحمه الله من الرماة من قال إنه تسقط الإصابة من العظم ما كان أبعد منه قال الشافعي رحمه الله: وعندي أنهما سواء لأن الغرض كله موضع الإصابة، فإن استوفيا الرشق ولم يفضل أحدهما صاحبه بالعدد الذي اشترطاه فقد تكافآ، وإن فضل أحدهما صاحبه بالعدد أخذ بالسبق. وحكى عن بعض الرماة أنهما إذا أصابا أعلى الغرض لم **يتقايسا** قال: والقياس أن يتقايسا لأن أحدهما أقرب إلى الغرض من الآخر فأسقط الأقرب الأبعد كما لو أصاب أسفل الغرض أو جنبه.

قوله: **(لم يتقايسا)** يقال: قست الشيء بالشيء أي قدرته على مثاله ويقال: بينهما قيس

فصل: وإن كان النضال بين حزبين جاز، وحكي عن أبي علي بن أبي هريرة أنه قال: لا يجوز لأنه يأخذ كل واحد منهم بفعل غيره، والمذهب الأول لما رويناه في أول الكتاب من حديث سلمة بن الأكوع، وينصب كل واحد من الحزبين زعيماً يتوكل لهم في العقد ولا يجوز أن يكون زعيم **الحزبين** واحداً كما لا يجوز أن يكون وكيل المشتري والبائع واحداً ولا يجوز إلا على حزبين متساويي العدد لأن القصد معرفة الحذق، فإذا تفاضلا في العدد فضل أحدهما الآخر بكثرة العدد لا بالحذق وجودة الرمي، ويجب أن يتعين الرماة كما قلنا في نضال الاثنين ولا يجوز أن يتعينوا إلا بالاختيار، فإن اقترع الزعيمان على أن من خرجت عليه قرعة أحدهما كان معه لم يجز لأنه ربما أخرجت القرعة الحذاق لأحد الحزبي والضعفاء للحزب الآخر، فإن عدل بين الحزبين في القوة والضعف بالاختيار ثم اقترع الزعيمان على أن من خرجت قرعته على أحد الحزبين كان معه لم يجز لأنه عقد معاوضة فلم يجز تعيين المعقود عليه فيه بالقرعة كالبيع ويجب أن يكون على عدد من الرشق معلوم، فإن كان عدد كل حزب ثلاثة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ثلث صحيح كالثلاث والستين، وإن كانوا أربعة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ربع صحيح كالأربعين والثمانين لأنه إذا لم يفعل ذلك بقي سهم، ولا يمكن اشتراك جماعة في سهم واحد، فإن خرج في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي بطل العقد فيه لأنه بطل العقد فيه لأنه ليس بمحل في العقد وسقط من الحزب الآخر بإزائه واحد كما إذا بطل البيع في أحد العبدين سقط ما في مقابلته من الثمن، وهل يبطل العقد في الباقي من الحزبين؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة. فإن قلنا لا يبطل في الباقي ثبت للحزبين الخيار في فسخ العقد لأن الصفقة تبعضت عليهم بغير اختيارهم. فإن اختاروا البقاء على العقد وتنازعوا فيمن يخرج في مقابله من الحزب الآخر فسخ العقد لأنه تعذر إمضاؤه على مقتضاه ففسخ، ومن أصحابنا من قال: يبطل في الجميع قولاً واحداً لأن من في مقابلته من الحزب الآخر لا يتعين ولا سبيل إلى تعيينه بالقرعة فبطل في الجميع، فإن نضل أحد الحزبين الآخر، ففي قسمة المال بين الناضلين وجهان: أحدهما يقسم بينهم بالسوية كما يجب على المنضولين بينهم بالسوية فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب استحق، والثاني تقسم بينهم على قدر إصاباتهم لأنهم استحقوا بالإصابة فاختلف باختلاف الإصابة ويخالف ما لزم المنضولين فإن ذلك وجب بالالتزام والاستحقاق بالرمي فاعتبر بقدر الإصابة، فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب لم يستحق شيئاً والله التوفيق.

رمح بالكسر. قوله: **(الحزبين)** الحزب الجماعة وتحزبوا أي تجمعوا وقد ذكر.

باب بيان الإصابة والخطأ في الرمي

إذا عقد على إصابة الغرض فأصاب الشن أو الجريد الذي يشد فيه الشن أو العري وهو السير الذي يشد به الشن على الجريد، حسب له لأن ذلك كله من الغرض، وإن أصاب العلاقة ففيه قولان: أحدهما يحسب له لأنه من جملة الغرض ألا ترى أنه إذا مد امتد معه فأشبه العري، والثاني لا يحسب لأن العلاقة ما يعلق به الغرض، فأما الغرض فهو الشن وما يحيط به وإن شرط إصابة الخاصرة وهو الجنب من اليمين واليسار فأصاب غيرهما، لم يحسب له لأنه لم يصب الخاصرة، وإن شرط إصابة الشن فأصاب العروة وهو السير أو العلاقة، لم يحسب لأن ذلك كله غير الشن، فإن أصاب سهماً في الغرض فإن كان السهم متعلقاً بنصله وباقيه خارج الغرض لم يحسب له ولا عليه لأن بينه وبين الغرض طول السهم، ولا يدري لو لم يكن هذا السهم هل كان يصيب الغرض أم لا يصيب، وإن كان السهم قد غرق في الغرض إلى **فوقه** حسب له لأن العقد على إصابة الغرض، ومعلوم أنه لو لم يكن هذا لكان يصيب الغرض، فإن خرج السهم من القوس فهبت ريح فنقلت الغرض إلى موضع آخر فأصاب السهم موضعه حسب له. وإن أصاب الغرض في الموضع الذي انتقل إليه حسب عليه في الخطأ لأنه أخطأ في الرمي، وإنما أصاب بفعل الريح لا بفعله، وإن رمى وفي الجو ريح ضعيفة فأرسل السهم مفارقاً للغرض وأمال يده ليصيب مع الريح فأصاب الغرض أو كانت ريح خلفه فنزع نزعاً قريباً ليصيب مع معاونة الريح فأصاب حسب له لأنه أصاب بفراهته وحذقه، وإن أخطأ حسب عليه لأنه أخطأ بسوء رميه، ولأنه لو أصاب مع الريح لحسب له، فإذا أخطأ معها حسب عليه، وإن كانت الريح قوية لا حيلة له فيها لم يحسب له إذا أصاب لأنه لم يصب بحسن رميه، ولا يحسب عليه إذا أخطأ لأنه لم يخطئ بسوء رميه وإنما أخطأ بالرمي في غير وقته، وإن رمى من غير ريح فثارت ريح بعد خروج السهم من القوس فأخطأ لم يحسب عليه لأنه لم يخطئ بسوء رميه وإنما أخطأ بعارض الريح، وإن أصاب فقد قال بعض أصحابنا فيه وجهان بناء على القولين في إصابة السهم **المزدلف**، وعندي أنه لا يحسب له قولاً واحداً لأن المزدلف إنما أصاب الغرض بحدة رميه ومع الريح لا يعلم أنه أصاب برميه، وإن رمى سهماً فأصاب الغرض بفوقه لم يحسب له لأن ذلك من أسوأ الرمي وأردئه.

ومن باب بيان الإصابة والخطأ في الرمي

قوله: (**إلى فوقه**) الفوق موضع الوتر من السهم وهو الفرض المحزوز. قوله: (**المزدلف**) ازدلف السهم أي اقترب وأصله التاء فأبدلت دالاً والمعنى أنه ارتفع من الأرض

فصل: وإن انكسر القوس أو انقطع الوتر أو أصابت يده ريح فرمى وأصاب حسب له لأن إصابته مع اختلاف الآلة أدل على حذقه، فإن أخطأ لم يحسب عليه في الخطأ لأنه لم يخطئ بسور رميه وإنما أخطأ بعارض، وإن أغرق السهم فخرج من الجانب الآخر نظرت، فإن أصاب حسب له لأن إصابته مع الإغراق أدل على حذقه، وإن أخطأ لم يحسب عليه، ومن أصحابنا من قال: يحسب عليه في الخطأ لأنه أخطأ في مد القوس والمنصوص هو الأول لأن الإغراق ليس من سوء الرمي، وإنما هو لمعنى قبل الرمي فهو كانقطاع الوتر وانكسار القوس، وإن انكسر السهم بعد خروجه من القوس وسقط دون الغرض لم يحسب عليه في الخطأ لأنه إنما لم يصب لفساد الآلة لا لسوء الرمي، وإن أصاب بما فيه النصل حسب له لأن إصابته مع فساد الآلة أدل على حذقه وإن أصابه بالموضع الآخر لم يحسب له لأنه لم يصب ولم يحسب عليه لأن خطأه لفساد الآلة لا لسوء الرمي.

فصل: وإن عرض دون الغرض عارض من إنسان أو بهيمة نظرت، فإن رد السهم ولم يصل لم يحسب عليه لأنه لم يصل للعارض لا لسوء الرمي، وإن نفذ السهم وأصاب حسب له لأن إصابته مع العارض أدل على حذقه. وحكي أن **الكسعي** كان رامياً فخرج ذات ليلة فرأى ظبياً فرمى فأنفذه وخرج السهم فأصاب حجراً وقدح فيه ناراً فرأى ضوء النار فظن أنه أخطأ فكسر القوس وقطع إبهامه، فلما أصبح رأى الظبي صريعاً قد نفذ فيه سهمه فندم فضربت به العرب مثلاً وقال الشاعر:

نـدمـتُ نـدامـةَ الـكـسـعـي لـمـا ... رأت عـيـنـاهُ مـا صـنـعَـتْ يـداهُ

وإن رمى **فعارضه عارض** فعثر به السهم وجاوز الغرض ولم يصب ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه يحسب عليه في الخطأ لأنه أخطأ بسوء الرمي للعارض، لأنه لو كان للعارض تأثير لوقع سهمه دون الغرض، فلما جاوزه ولم يصب دل على أنه أخطأ بسوء رميه فحسب عليه في الخطأ، والثاني أنه لا يحسب عليه لأن العارض قد يشوش الرمي فيقصر عن الغرش وقد يجاوزه، وإن رمى السهم فأصاب الأرض وازدلف فأصاب الغرض ففيه قولان: أحدهما يحسب لأنه أصاب الغرض بالنزعة التي أرسلها وما

لشدة وقعه عليها، فأصاب الغرض. قال: الشامل المزدلف أن يقع دون الغرض على الأرض ثم يثب إلى الغرض. قوله: (**الكسعي**) هو محارب بن قيس من بني كسيعة قاله حمزة. وقال غيره: هو من بني كسع من بني محارب بطن من حمير، واسمه عامر بن الحارث ومن قوله:

نـدمـت نُـدامـة لـو أن نـفـسـي ... تـطـاوعـنـي إذن لـقـطـعـت خـمـسـي

تـبـيـن لـي سـفـاه الـرأي مـنـي ... لـعـمـر أبـيـك حـيـن كـسـرت قـوسـي

قوله: (**فعارضه عارض**) أي منعه. والمعارضة أن يعترض له شيء دون ما يريد فيمنعه.

عرض دونها من الأرض لا يمنع الاحتساب كما لو عرض دونه شيء فهتكه وأصاب الغرض، والثاني لا يحسب له لأن السهم خرج من الرمي إلى غير الغرض، وإنما أعانته الأرض حتى ازدلف عنها إلى الغرض فلم يحسب له، وإن ازدلف ولم يصب الغرض ففيه وجهان: أحدهما يحسب عليه في الخطأ لأنه إنما ازدلف بسوء رميه لأن الحاذق لا يزدلف سهمه، والثاني لا يحسب عليه لأن الأرض **تشوش** السهم وتزيله عن سننه، فإذا أخطأ لم يكن من سوء رميه.

فصل: وإن كان العقد على إصابة موصوفة نظرت، فإن كان على القرع فأصاب الغرض وخزق أو خسق أو مرق حسب له لأن الشرط هو الإصابة وقد حصل ذلك في هذه الأنواع.

فصل: وإن كان الشرط هو الخسق نظرت، فإن أصاب الغرض وثبت فيه ثم سقط حسب له لأن الخسق هو أن يثبت وقد ثبت فلم يؤثر زواله بعد ذلك كما لو ثبت ثم نزعه إنسان، فإن ثقب الموضع بحيث يصلح لثبوت السهم لكنه لم يثبت ففيه قولان: أحدهما أنه يحسب له لأن الخسق أن يثقب بحيث يصلح لثبوت السهم، وقد فعل ذلك ولعله لم يثبت لسعة الثقب أو لغلظ لقيه، والثاني وهو الصحيح أنه لا يحسب له لأن لأن الأصل عدم الخسق، وأنه لم يكن فيه من القوة ما يثبت فيه فلم يحسب له، وإن كان الغرض ملصقاً بالهدف فأصابه السهم ولم يثبت فيه فقال الرامي قد خسق إلا أنه لم يثبت فيه لغلظ لقيه من نواة أو حصاة وقال رسيله لم يخسق نظرت؛ فإن لم يعلم موضع الإصابة من الغرض فالقول قول الرسيل لأن الأصل عدم الخسق، وهل يحلف ينظر فيه؛ فإن فتش الغرض فلم يكن فيه شيء يمنع من ثبوته لم يحلف لأن ما يدعيه الرامي غير ممكن، وإن كان هناك ما يمنع من ثبوته حلف لأن ما يدعيه الرامي غير ممكن، وإن علم موضع الإصابة ولم يكن فيه ما يمنع من ثبوته فالقول قول الرسيل من غير يمين لأن ما يدعيه الرامي غير ممكن، وإن كان فيه ما يمنع الثبوت ففيه وجهان: أحدهما أن القول قول الرامي لأن المانع شهد له، والثاني أن القول قول الرسيل لأن الأصل عدم الخسق والمانع لا يدل على أنه لو لم يكن لكان خاسقاً ولعله لو لم يكن مانع لكان هذا منتهى رميه فلا يحكم له بالخسق بالشك، وإن كان في الشن خرق أو موضع بال فوقع فيه السهم وثبت في الهدف نظرت؛ فإن كان الموضع الذي ثبت فيه في صلابة الشن اعتد به لأنا نعلم أنه لو كان الشن صحيحاً لثبت فيه، وإن كان دون الشن في الصلابة كالتراب والطين الرطب لم يعتد له ولا عليه لأنا لا نعلم أنه لو كان صحيحاً هل كان يثبت فيه أم لا فيرد إليه

قوله: **(تشوش)** التشويش التخليط.

السهم حتى يرميه وإن خرمه وثبت ففيه قولان: أحدهما يعتد به لأن الخسق هو أن يثبت النصل وقد ثبت، والثاني لا يعتد به لأن الخسق أن يثبت السهم في جميع الشن ولم يوجد ذلك - فإن مرق السهم فقد قال الشافعي رحمه الله هو عندي خاسق ومن الرماة من لا يحتسبه فمن أصحابنا من قال: يحتسب له قولاً واحداً وما حكاه عن غيره ليس بقول له لأن معنى الخسق قد وجد وزيادة ولأنه لو مرق والشرط القرع حسب فكذلك إذا مرق والشرط الخسق. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما يحسب له لما ذكرناه، والثاني لا يحسب له لأن الخسق أن يثبت وما ثبت، ولأن في الخسق زيادة حذق وصنعة من نزع القوس بمقدار الخسق، والتعليل الأول أصح لأن هذا يبطل به إذا مرق والشرط القرع، وإن أصاب الشن ومرق وثبت في الهدف ووجد على نصله قطعة من الشن، والهدف دون الشن في الصلابة، فقال الرامي هذا الجلد قطعه سهمي بقوته، وقال الرسيل بل كان في الشن ثقبة، وهذه الجلدة كانت قد انقطعت من قبل فحصلت في السهم، فالقول قول الرسيل لأن الأصل عدم الخسق.

فصل: إذا مات أحد الراميين أو ذهبت يده بطل العقد لأن المقصود معرفة حذقه وقد فات ذلك فبطل العقد كما لو هلك المبيع، وإن رمدت عينه أو مرض لم يبطل العقد لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه بعد زوال العذر، وإن أراد أن يفسخ فإن قلنا إنه كالجعالة كان حكمه حكم الفسخ من غير عذر وقد بيناه في أول الكتاب، وإن قلنا إنه كالإجارة جاز له أن يفسخ لأنه تأخر المعقود عليه فملك الفسخ كما يملك في الإجارة، وإن أراد أحدهما أن يؤخر الرمي **للدعة**، فإن قلنا إنه كالإجارة أجبر عليه كما أجبر في الإجارة، وإن قلنا إنه كالجعالة لم يجبر كما لا يجبر في الجعالة.

قوله: **(للدعة)** الدعة الراحة والسكون.

كتاب إحياء الموات

يستحب إحياء الموات لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فله فيها أجر وما **أكله العوافي** منها فهو له صدقة»[١] وتملك به الأرض لما روى سعيد بن زيد رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضا ميتة فهي له». ويجوز ذلك من غير إذن الإمام للخبر، ولأنه تملك مباح فلم يفتقر إلى إذن الإمام كالاصطياد.

فصل: وأما الموات الذي جرى عليه الملك وباد أهله ولم يعرف مالكه ففيه ثلاثة أوجه: أحدها أنه يملك بالإحياء لما روى طاوس أن النبي ﷺ قال: «**عادي الأرض** لله ولرسوله ثم هي لكم بعد» ولأنه إن كان في دار الإسلام فهو كاللقطة التي لا يعرف مالكها وإن كان في دار الحرب فهو كالركاز، والثاني لا يملك لأنه إن كان في دار الإسلام فهو لمسلم ولذمي أو لبيت المال فلا يجوز إحياؤه، وإن كان في دار الحرب جاز أن يكون لكافر لا يحل ماله أو لكافر لم تبلغه الدعوة فلا يحل ماله ولا يجوز تملكه، والثالث أنه إن كان في دار الإسلام لم يملك وإن كان في دار الحرب ملك لأن ما كان في دار الإسلام فهو في الظاهر لمن له حرمة، وما كان في دار الحرب فهو في الظاهر لمن لا حرمة له ولهذا ما يوجد في دار الحرب يخمس، وما يوجد في دار الإسلام يجب تعريفه، وإن قاتل الكفار عن أرض ولم يحيوها ثم ظهر المسلمون عليها ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز أن تملك بالإحياء بل هي غنيمة بين الغانمين، لأنهم لما منعوا عنها صاروا فيها **كالمتحجرين** فلم تملك بالإحياء، والثاني أنه يجوز أن تملك بالإحياء لأنهم لم يحدثوا فيها عمارة فجاز أن تملك بالإحياء كسائر الموات.

فصل: وما يحتاج إليه لمصلحة العامر من المرافق **كحريم البئر وفناء الدار** والطريق

ومن كتاب إحياء الموات

الموات الأرض التي لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها أحد. قوله: (**وما أكله العوافي**) حمع عافية وهي الوحش والسباع والطير مأخوذ من قولهم عفوت فلاناً أعفوه إذا أتيته تطلب معروفه يقال: فلان كثير العافية والغاشية، أي يغشاه السؤال والطالبون. قوله: (**عادي الأرض**) منسوب إلى عاد الأمة المعروفة ويستعمل في الشيء القديم. قوله: (**كالمتحجرين**) المتحجر هو الذي يشرع في الإحياء أمأخوذ من الحجر وهو المنع. قوله: (**كحريم البئر**) هو ما يحرم الانتفاع به حولها وهو فعيل من الحرام. قوله: (**وفناء الدار**) هو ما

---

(١) رواه البخاري في كتاب الحرث باب ١٥. أبو داود في كتاب الإمارة باب ٣٧. الترمذي في كتاب الأحكام باب ٣٨. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ٢٦، ٢٧. أحمد في مسنده (٣/٣٠٣، ٣٠٤).

ومسيل الماء، لا يجوز إحياؤه لأنه تابع للعامر فلا يملك بالإحياء، ولأنا لو جوزنا إحياءها أبطلنا الملك في العامر على أهله، وكذلك ما بين العامر من **الرحاب والشوارع** ومقاعد الأسواق، لا يجوز تملكه بالإحياء لأن الشرع قد ورد بإحياء الموات، وهذا من جملة العامر، لأنا لو جوزنا ذلك ضيقنا على الناس في أملاكهم وطرقهم وهذا لا يجوز.

فصل: ويجوز إحياء كل من يملك المال لأنه فعل يملك به فجاز من كل من يملك المال كالاصطياد ولا يجوز للكافر أن يملك بالإحياء في دار الإسلام ولا للإمام أن يأذن له في ذلك لما روي أن النبي ﷺ قال: «**موتان الأرض لله** ولرسوله ثم هي لكم مني» فجمع الموتان وجعلها للمسلمين فانتفى أن يكون لغيرهم ولأن موات الدار من حقوق الدار والدار للمسلمين، فكان الموات لهم **كمرافق المملوك** لا يجوز لغير المالك إحياؤه، ولا يجوز للمسلم أن يحي الموات في بلد صولح الكفار على المقام فيه لأن الموات تابع للبلد، فإن لم يجز تملك البلد عليهم لم يجز تملك مواته.

فصل: والإحياء الذي يملك به أن يعمر الأرض لما يريده، ويرجع في ذلك إلى العرف، لأن النبي ﷺ أطلق الإحياء ولم يبين فحمل على المتعارف، فإن كان يريده للسكنى فأن يبني سور الدار من اللبن والآجر والطين والجص إن كانت عادتهم ذلك أو القصب أو الخشب إن كان عادتهم ذلك ويسقف وينصب عليه الباب، لأنه لا يصلح للسكنى بما دون ذلك، فإن أراد مراحاً للغنم أو حجظيرة للشوك والحطب بنى الحائط، ونصب عليه الباب لأنه لا يصير **مراحاً وحظيرة** بما دون ذلك وإن أراد للزراعة فأن **يعمل لها مسناة** ويسوق الماء إليها من نهر أو بئر، فإن كانت الأرض **من البطائح**، فأن يحبس

امتد من جوانبها والجمع أفنية. وسور الدار والمدينة ما يحيط بها. قوله: **(الرحاب والشوارع)** الرحاب جمع رحبة وهي الساحة الواسعة والرحب الواسع من كل شيء. والشوارع جمع شارع وهو الطريق الأعظم في البلد. قوله: **(موتان الأرض لله)** بالتحريك خلاف الحيوان، يقال: اشتر الموتان ولا تشترِ الحيوان. أي اشترِ الأرض والدور ولا تشتر الدواب والرقيق. وقال الفراء: الموتان من الأرض الذي لم يحي بعد. وأما الموتان بضم الميم وسكون الواو. فالموت الذريع، والموتان بفتح الميم وسكون الواو عمي القلب يقال: رجل موتان القلب، إذا كان لا يفهم. قوله: **(كمرافق المملوك)** وهو ما يرفق به أي ينتفع به مما حواليه واحدها مرفق بفتح الميم وكسر الفاء. وأما المرفق بالفتح فيهما فالمصدر من ذلك. قوله: **(مراحاً وحظيرة)** المراح بالفتح هو موضع. والمراح بالضم موضع الاستراحة. وقد يكون المضمون أيضاً موضعاً إذا أخذته من أراح الماشية، إذا أواها فإن الموضع من أفعل مضموم الميم، والحظيرة ما يحيط بالشيء وأصله الحظر وهو المنع لأنها تمنع من الدخول والخروج. قوله: **(يعمل لها مسناة)** قال الجوهري: المسناة العرم وفسر العرم أنه السكر الذي يجتمع فيه الماء

عنها الماء لأن إحياء البطائح أن يحبس عنها الماء كما أن إحياء اليابس بسوق الماء إليه، ويحرثها وهو أن يصلح ترابها، وهل يشترط غير ذلك؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها أنه لا يشترط غير ذلك وهو المنصوص في الأم وهو قول أبي إسحاق لأن الإحياء قد تم وما بقي إلا الزراعة ذلك انتفاع بالمحيا فلم يشترط كسكنى الدار، والثاني وهو ظاهر وما نقله المزني أنه لا يملك إلا بالزراعة، لأنها من تمام العمارة ويخالف السكنى فإنه ليس من تمام العمارة وإنما هو كالحصاد في الزرع، والثالث وهو قول أبي العباس أنه لا يتم إلا بالزراعة والسقي لأن العمارة لا تكمل إلا بذلك، وإن أراد حفر بئر فإحياؤها أن يحفر إلى أن يصل إلى الماء، لأنه لا يحصل البئر إلا بذلك فإن كانت الأرض صلبة تم الإحياء، وإن كانت رخوة لم يتم الإحياء حتى تطوق البئر لأنها لا تكمل إلا به.

فصل: وإذا أحيا الأرض ملك الأرض وما فيها من المعادن كالبلور والفيروزج والحديد والرصاص، لأنها من أجزاء الأرض فملك بملكها، ويملك ما ينبع فيها من الماء **والقار** وغير ذلك، وقال أبو إسحاق لا يملك الماء وما ينبع فيها وقد بينا ذلك في البيوع ويملك ما ينبت فيها من الشجر والكلأ، وقال أبو القاسم الصيمري لا يملك الكلأ لما روي أن أبيض بن حمال سأل رسول الله ﷺ عن حمى الأراك فقال رسول الله ﷺ: «لا حمى في الأراك»[1] ولأنه لو فرخ في الأرض طائر لم يملك فكذلك إذا نبت فيه الكلأ، وقال أكثر أصحابنا يملك لأنه من نماء الملك فملكه بملكه كشعر الغنم.

فصل: ويملك بالإحياء ما يحتاج إليه من المرافق كفناء الدار والطريق ومسيل الماء وحريم البئر، وهو بقدر ما يقف فيه المستقي إن كانت البئر للشرب، وقدر ما يمر فيه الثور إن كانت للسقي وحريم النهر وهو **ملقى الطين**، وما يخرج منه من التقن ويرجع في ذلك إلى أهل العرف في الموضع والدليل عليه ما روى عبد الله بن مغفل أن النبي ﷺ قال: «من احتفر بئراً فله أربعون ذراعاً حولها **عطن لماشيته**»، وروى ابن شهاب عن

ويشبه أن يكون ههنا الكوم، إذ قال في الوسيط ويجمع حولها التراب. قوله: **(من البطائح)** بطائح النبط بين العراقين وهي أرض نزة لا يزال فيها الماء ويزرع فيها الأرز. قال المطرزي: هي بين واسط والبصرة ماء مستنقع لا يرى طرفاه من سعته وهي مغيض دجلة والفرات سمى الموضع بها لانطباح الماء عليه. قوله: **(القار)** قد ذكر القار وأنه أسود لزج يعمل به السفن. قوله: **(ملقى الطين)** حيث يلقى. وما يخرج منه من التقن بالتاء باثنتين من فوقها وبالقاف والنون، هو ما يجتمع من الحمأة وغيرها لغة بغدادية ذكره في المجمل.

قوله: **(عطن لماشيته)** العطن حيث تبرك الإبل بعد الشرب الأول، وهو النهل لتعاد إلا

---

(١) رواه الدارمي في كتاب البيوع باب ٦٨.

سعيد بن المسيب قال: من السنة أن حريم **القليب العادية** خمسون ذراعاً وحريم البدىء خمسة وعشرون ذاعاً، وحريم بئر الزرع ثلثمائة ذراع فإن أحيا أرضاً إلى جنب غيره فجعل أحدهما داره مدبغة أو مقصرة لم يكن للآخر معه من ذلك، لأنه تصرف مباح في ملكه فلم يمنع منه، وإن ألصق حائطه بحائطه منع من ذلك وإن طرح في أصل حائط سرجيناً منع منه لأنه تصرف باشر ملك الغير بما يضر به فمنع منه، فإن حفر حشاً في أصل حائطه لم يمنع منه لأنه تصرف في ملكه، ومن أصحابنا من قال يمنع لأنه يضر بالحاجز الذي بينهما في الأرض، وإن ملك بئراً بالإحياء فجاء رجل وتباعد عن حريمه وحفر بئراً فنقص ماء الأول، لم يمنع منه لأنه تصرف في موات لاحق لغيره فيه.

فصل: وإن تحجر رجل مواتاً وهو أن يشرع في إحيائه ولم يتمم صار أحق به من غيره لقوله ﷺ «من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به»، وإن نقله إلى غيره صار الثاني أحق به لأنه آثره صاحب الحق به، وإن مات انتقل ذلك إلى وارثه لأنه حق تملك ثبت له فانتقل إلى وارثه كالشفعة، وإن باعه ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه يصح لأنه صار به فملك بيعه، والثاني أنه لا يصح وهو المذهب لأنه لم يملكه بعد فلم يملك بيعه كالشفيع قبل الأخذ، وإن بادر غيره إلى إحيائه نظرت؛ فإن كان ذلك قبل أن تطول المدة ففيه وجهان: أحدهما لا يملك لأن يد المتحجر أسبق، والثاني يملك لأن الإحياء يملك به والتحجر لا يملك به فقدم ما يملك به على ما لا يملك به، وإن طالت المدة ولم يتمم قال له السلطان إما أن تعمر، وإما أن ترفع يدك لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يمكن منه كما لو وقف في طريق ضيق **أو مشرعة ماء** ومنع غيره وإن سأل أن يمهل أمهل مدة قريبة فإن انقضت المدة ولم يحي فبادر غيره فأحيا ملك لأنه لا حق له بعد انقضاء المدة.

فصل: ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر وهو الذي يوصل إلى ما فيه عن غير مؤنة كالماء **والنفط والمومياء** والياقوت والبرام والملح والكحل، كان أحق به لقوله ﷺ من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به فإن أطال المقام فيه ففيه وجهان: أحدهما لا يمنع

الشرب الثاني وهو العلل. قوله: (**القليب العادية**) القليب البئر قبل أن تطوى تذكر وتؤنث، وقال أبو عبيدة: البئر العادية القديمة والبديء هي التي ابتدئ حفرها. وقال الجوهري: البدء والبديء البئر التي حفرت في الإسلام وليست بعادية. فإن حفر حشا ذكر. قوله: (**مشرعة ماء**) هي الطريق إلى الماء وكذا الشريعة وهو مورد الشاربة، والشريعة ما شرع الله تعالى لعباده من الذين مأخوذ من هذا. قوله: (**النفط والمومياء**) قد ذكر النفط وأنه دهن شديد الحرارة يستخرج منه النار كريه الرائحة، والموميا دواء للجراحات وتجبير الفاصل يخرج من

لأنه سبق إليه، والثاني يمنع لأنه يصير كالمتحجر فإن سبق اثنان وضاق المكان وتشاحا فإن كانا يأخذان للتجارة **هايأ الإمام بينهما** فإن تشاحا في السبق أقرع بينهما **لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر** فقدم بالقرعة، وإن كانا **يأخذان للحاجة** ففيه ثلاثة أوجه: أحدها يقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، والثاني يقسم بينهما لأنه يمكن لهما القسمة فلا يؤخر حقه. والثالث يقدم الإمام أحدهما لأن للإمام نظراً في ذلك فقدم من رأى تقديمه، وإن كان من ذلك ما يلزم عليه مؤنة بأن يكون بقرب الساحل موضع إذا حصل فيه الماء حصل فيه ملح جاز أن يملك بالإحياء لأنه يوصل إليه بالعمل والمؤنة فملك بالإحياء كالموات.

فصل: وإن سبق إلى معدن باطن وهو الذي لا يوصل إليه إلا بالعمل والمؤنة كمعدن الذهب والفضة والحديد والرصاص والياقوت والفيروزج، فوصل **إلى نيله** ملك ما أخذه لقوله ﷺ «من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به»[1] وهل يملك المعدن فيه قولان: أحدهما يملكه لأنه موات لا يوصل إلى ما فيه إلا بالعمل والإنفاق فملكه بالإحياء كموات الأرض، والثاني لا يملك وهو الصحيح لأن النبي ﷺ علق الملك في الموت على الإحياء وهو العمارة، والعمل في المعدن حفر وتخريب فلا يملك به ولأنه يحتاج في كل جزء يأخذه إلى عمل فلا يملك منه إلى ما أخذ، ويخالف موات الأرض لأنه إذا عمر انتفع به على الدوام من غير عمل مستأنف فملك به، فإن قلنا إنه يملك بالإحياء ملكه إلى القرار وملك مرافقه، فإن تباعد إنسان عن حريمه وحفر معدناً **فوصل إلى العرق** لم يمنع من أخذ ما فيه لأنه إحياء في موات لاحق فيه لغيره، فإن حفر ولم يصل إلى النيل صار أحق به كما قلنا فيمن تحجر في موات الأرض، فإن قلنا لا يملك كان كالمعدن الظاهر في إزالة يده إذا طال مقامه، وفي القسمة والتقديم بالقرعة وتقديم من يرى الإمام تقديمه.

فصل: ويجوز الارتفاق بما بين العامر من الشوارع والرحاب الواسعة بالقعود للبيع

الحجارة. قوله: (**هايأ الإمام بينهما**) جعل لهذا نوبة ولهذا نوبة مأخوذ من هيأت إذ أصلحت. قوله: (**لا مزية لأحدهما على الآخر**) قال الجوهري: المزية الفضيلة يقال له عليه مزية ولا يبني منه فعل. قوله: (**يأخذان للحاجة**) الحاجة ههنا الفقر. قوله: (**إلى نيله**) هو ما يتناول منه باليد. ويقال: نال ينال نيلاً إذا أصاب خيراً.

قوله: (**فوصل إلى العرق**) أي أصله وموضع ابتدائه مأخوذ من عرق الشجرة في

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الإمارة باب ٣٦.

والشراء لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار ولأنه ارتفاق بمباح من غير إضرار فلم يمنع منه كالاجتياز، فإن سبق إليه كان أحق به لقوله ﷺ «منى مناخ من سبق» وله أن يظلل بما لا ضرر به على المارة **من بارية وثوب** لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، وإن أراد أن يبني دكة منع لأنه يضيق به الطريق ويعثر به الضرير وبالليل البصير فلم يجز، وإن قام وترك المتاع لم يجز لغيره أن يقعد فيه لأن يد الأول لم تزل وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لأنه زالت يده، وإن قعد وأطال ففيه وجهان: أحدهما يمنع لأنه يصير كالمتملك وتملكه لا يجوز، والثاني يجوز لأنه قد ثبت له اليد بالسبق إليه، وإن سبق إليه اثنان ففيه وجهان: أحدهما يقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، والثاني يقدم الإمام أحدهما لأن للإمام النظر والاجتهاد ولا تجيء القسمة لأنها لا تملك فلم تقسم.

باب الإقطاع والحمى

يجوز للإمام أن يقطع موات الأرض لمن يملكه بالإحياء، لما روى علقمة بن وائل عن أبيه أن رسول اللّه ﷺ أقطعه أرضاً، فأرسل معه معاوياً أن أعطه إياها أو قال أعطها إياه، وروى ابن عمر أن النبي ﷺ **أقطع الزبير حضر فرسه،** فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه فقال: أعطوه من حيث وقع السوط، وروي أن أبا بكر أقطع الزبير، وأقطع عمر علياً، وأقطع عثمان رضي الله عنهم خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ الزبير، وسعداً وابن مسعود وخباباً وأسامة بن زيد رضي الله عنهم، ومن أقطعه الإمام شيئاً من ذلك صار أحق به ويصير كالمتحجر في جميع ما ذكرناه، لأن باقطاع الإمام صار أحق به كالمتحجر فكان حكمه حكم المتحجر، ولا يقطع من ذلك إلا ما يقدر على إحيائه لأنه إذا أعطاه أكثر من ذلك دخل الضرر على المسلمين من غير فائدة.

فصل: وأما المعادن فإنها إن كانت من المعادن الظاهرة، لم يجز إقطاعها، لما روى ثابت بن سعيد عن أبيه عن جده أبيض بن حمال أنه استقطع النبي ﷺ **ملح المأرب**

الأرض. قوله: **(من بارية وثوب)** البارية شيء يتظلل به صفيق من خوص أو غيره، ويقال: بارية وبوري بالتشديد وبارياء ثلاث لغات خص الأعمى باسم الضرير، وإن كانت العاهات والعلل كلها مضار، لأن العمى أعظم المضار وأتعبها.

ومن باب الإقطاع والحمى

الإقطاع مأخوذ من القطع، كأنه يقطع له قطعة من الأرض. والحمى المكان المحمي والممنوع، حماه يحميه إذا منعه. يقال: حمى المكان حمى بالقصر وحاماه ومحاماة وحماء بالمد فيجوز قصر الحمى، ومده الأشهر القصر فيه. قوله: **(أقطع الزبير حضر فرسه)** الحضر العدو والجري أقام المصدر مقام الاسم ومعناه، موضع حضر فرسه. قوله: **(ملح المأرب)**

فأقطعه إياه، ثم إن الأقرع بن حابس قال يا رسول الله إني قد وردت الملح في الجاهلية وهو بأرض ليس بها ملح ومن ورده أخذه وهو مثل الماء العد بأرض فاستقال أبيض بن حمال فقال أبيض قد أقلتك فيه على أن تجعله مني صدقة، فقال رسول الله ﷺ «هو منك صدقة» وهو مثل الماء العد ومن ورده أخذه، وإن كانت من المعادن الباطنة فإن قلنا إنها تملك بالإحياء جاز قطاعه لأنه موات يجوز أن يملك بالإحياء فجاز إقطاعه كموات الأرض، وإن قلنا لا تملك بالإحياء فهل يجوز إقطاعه فيه قولان: أحدهما يجوز إقطاعه لأنه يفتقر الانتفاع به إلى المؤن فجاز إقطاعه كموات الأرض، والثاني لا يجوز لأنه معدن لا يملك بالإحياء فلم يجز إقطاعه كالمعادن الظاهرة، فإذا قلنا يجوز إقطاعه لم يجز إلا ما يقوم به لما ذكرناه في إقطاع الموات.

فصل: ويجوز إقطاع ما بين العامر من الرحاب ومقاعد الأسواق للارتفاق فمن أقطع شيئاً من ذلك صار أحق بالموضع نقل متاعه أو لم ينقل لأن للإمام النظر والاجتهاد، فإذا أقطعه ثبتت يده عليه بالإقطاع فلم يكن لغيره أن يقعد فيه.

فصل: ولا يجوز لأحد أن يحمى مواتاً ليمنع الإحياء ورعى ما فيه من الكلأ، لما روى الصعب بن جثامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول لا حمى إلا لله ولرسوله فأما الرسول عليه الصلاة والسلام فإنه كان يجوز له أن يحمي لنفسه وللمسلمين فأما لنفسه فإنه ما حمى ولكنه حمى للمسلمين، والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ **حمى النقيع** لخيل المسلمين، وأما غيره من الأئمة فلا يجوز أن يحمي لنفسه للخبر، وهل يجوز أن يحمي لخيل المجاهدين ونعم الجزية وإبل الصدقة وماشية من يضعف عن الإبعاد في طلب النجعة؟ فيه قولان أحدهما: لا يجوز للخبر، والثاني يجوز لما روى عامر بن عبد اللّه بن الزبير عن أبيه قال: أتى أعرابي من أهل نجد عمر فقال يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الإسلام فعلام تحميها؟ **فأطرق عمر رضي الله عنه** وجعل ينفخ ويفتح شاربه، وكان إذا كره أمراً فتل شاربه ونفخ فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك فقال عمر المال مال الله والعباد عباد الله فلولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الأرض شبراً في شبر قال مالك: نبئت أنه كان يحمل في

بالهمز. والماء العد هو الذي لا تنقطع مادته كماء البئر والعين والجمع الأعداد، وأراد أنه أقطعه ما يستضر الناس، يمنعه كما يستضرون بمنع الماء.

قوله: (**حمى النقيع**) بالنون هو موضع من المدينة على أميال يستنفع فيه الماء. وأما البقيع بالباء فمقبرة المدينة على باب البلد. والنعجة بضم النون طلب المرعى. قوله: (**فأطرق عمر رضي الله عنه**) قال يعقوب أطرق إذا سكت فلم يتكلم أو أطرق أي أرخى عينيه ينظر إلى

كل عام على أربعين ألفاً من الظهر، وقال مرة من الخيل. وروى زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنياً على الحمى وقال له يا هني **اضمم جناحك** عن الناس، واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مجابة، وأدخل **رب الصريمة** والغنيمة، **وإياك ونعم ابن عوف، وإياك ونعم ابن عفان،** فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعا إلى نخل وزرع، وإن رب الصريمة ورب الغنيمة، إن تهلك ماشيتهما فيأتياني فيقولا يا أمير المؤمنين يا أمير المؤمنين، أفتاركهم **أنا لا أبالك** إن الماء والكلأ أيسر عندي من الذهب والورق والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً، فإن حمى رسول الله ﷺ أرضاً لحاجة والحاجة باقية لم يجز إحياؤها، وإن زالت الحاجة ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه زال السبب، والثاني لا يجوز لأن ما حكم به رسول الله ﷺ نص فلا يجوز نقضه بالاجتهاد، وإن حماه إمام غيره وقلنا إنه يصح حماه فأحياه رجل ففيه قولان: أحدهما لا يملكه كما لا يملك ما حماه رسول الله ﷺ، والثاني يملك لأن حمى الإمام اجتهاد وملك الأرض بالإحياء نص والنص لا ينقض بالاجتهاد.

باب حكم المياه

الماء اثنان: مباح وغير مباح، فأما غير المباح فهو ما ينبع في أرض مملوكة فصاحب الأرض أحق به من غيره لأنه على المنصوص يملكه، وعلى قول أبي إسحاق لا يملكه إلا أنه لا يجوز لغيره أن يدخل إلى ملكه بغير إذنه فكان أحق به، وإن فضل عن حاجته واحتاج إليه الماشية لكلأ لزمه بدله من غير عوض، وقال أبو عبيد بن حرب لا يلزمه **بذله** كما لا يلزمه بذل الكلأ للماشية، ولا بذل الدلو والحبل ليستقي به الماء للماشية والمذهب الأول، لما روى إياس بن عمرو أن النبي ﷺ نهى عن بيع **فضل الماء،**

الأرض. قوله: **(اضمم جناحك)** الجناح عبارة عن اليد أي أمسك يدك، ولا تمددها إلى ضرر مسلم لأن الجناح هو يد الطائر. وقال الشيخ أبو حامد أي تواضع لهم وقيل: معناه اتق الله لأن ضم الجناح هو تقوى الله فكأنه قال: اتق الله في المسلمين. قوله: **(رب الصريمة)** هي تصغير صرمة وهي القطعة من الإبل نحو الثلاثين. والغنيمة ما بين الأربعين والمائة من الشاء والغنم ما تفرد به راع واحد أو هي ما بين المائتين إلى أربعمائة ذكره الأزهري. قوله: **(وإياك ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان)** أي لا تدخلها الحمى فإنهما غنيان لا يضرهما هلاك نعمهما. قوله: **(لا أبالك)** ظاهره الذم والقصد التحريض على الشيء كأنه قال لا أبالك إن لم تفعل ذلك ولا يجوز تنوينه لأنه مضاف واللام مقحمة تقديره لا أباك هكذا ذكره النحويون.

ومن باب حكم المياه

أصل الماء ماه بالهاء فأبدلت همزة لأنها أقوى على حركة، يدل على ذلك ظهورها في الجمع في مياه وأمواه وفي التصغير مويه.

قوله: **(بذله)** هو إعطاؤه لغيره مجاناً بغير عوض. قوله: **(فضل الماء)** الفضل الزائد

وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ، منعه الله فضل رحمته»[١] ويخالف الكلأ فإنه لا يستخلف عقيب أخذه، وربما احتاج إليه لماشيته قبل أن يستخلف فتهلك ماشيته والماء يستخلف عقيب أخذه وما ينقص من الدلو والحبل لا يستخلف فيستضر، والضرر لا يزال بالضرر. ولا يلزمه بذل فضل الماء للزرع لأن الزرع لا حرمة له في نفسه والماشية لها حرمة في نفسها، ولهذا لو كان الزرع له لم يلزمه سقيه، ولو كانت الماشية لزمه سقيها، وإن لم يفضل الماء عن حاجته لم يلزمه بذله لأن النبي ﷺ علق الوعيد على منع الفضل ولأن ما لا يفضل عن حاجته يستضر ببذله والضرر لا يزال بالضرر.

فصل: وأما المباح فهو الماء الذي ينبع في الموات، فهو مشترك بين الناس لقوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاثة الماء والنار والكلأ»[٢] فمن سبق منهم إلى شيء منه كان أحق به» لقوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق»[٣]، فإن أراد أن يسقي منه أرضاً فإن كان نهراً عظيماً كالنيل والفرات وما أشبههما من الأودية العظيمة، جاز أن يسقي منه ما شاء ومتى شاء لأنه لا ضرر فيه على أحد، وإن كان نهراً صغيراً لا يمكن سقي الأرض منه إلا أن يحبسه؛ فإن كانت الأرض متساوية بدأ من في أول النهر فيحبس الماء حتى يسقي أرضه إلى أن يبلغ الماء إلى الكعب ثم يرسله إلى من يليه، وعلى هذا إلى أن تنتهي الأراضي، لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى في **شرب** نهر من سيل، أن للأعلى أن يشرب قبل الأسفل، ويجعل الماء فيه إلى الكعب، ثم يرسله إلى الأسفل الذي يليه كذلك حتى تنتهي **الأرضون**، وروى عبد الله بن الزبير أن الزبير ورجلاً من الأنصار **تنازعا في شراج الحرة** التي يسقى بها النخل، فقال الأنصاري

الذي يفضل عنه، ويزيد على حاجته. قوله: (**يستخلف**) أي يأتي بشيء آخر، عقيب ذهابه من الخلف، وهو نقيض القدام وقد ذكر. قوله: (**ينبع**) فيها ثلاث لغات ينبع وينبع وينبع. قوله: (**في شرب**) بالكسر النصيب وبالضم المصدر، قال الله عز وجل: ﴿لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾ [الشعراء: ١٥٥] وقال في المصدر ﴿فشاربون شرب الهيم﴾. قوله: (**الأرضون**) بفتح الراء ولا يجوز إسكانها ولا يجوز أن تجمع على الأراضي، لأن أفاعل جمع أفعل كأحمد وأحامد ولكن يجمع على أرضين أو أراض أو آراض نص عليه ابن بابشاذ. وقال الجوهري أراضي جمع آراض جمع الجمع. قوله: (**تنازعا في شراج الحرة**) الشراج جمع

---

(١) رواه أحمد في مسنده (٢/ ١٧٩، ١٨٣، ٢٢١).

(٢) رواه أبو داود في كتاب البيوع باب ٦٠. ابن ماجه في كتاب الرهون باب ١٦. أحمد في مسنده (٥/ ٣٦٤).

(٣) رواه أبو داود في كتاب الإمارة باب ٣٦.

للزبير سرح الماء فأبى الزبير، فاختصما إلى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ للزبير: «اسق أرضك ثم أرسل الماء إلى أرض جارك» فقال الأنصاري: **أن كان ابن عمتك** يا رسول الله فتلون وجه رسول الله ﷺ فقال: «يا زبير اسقِ أرضك واحبس الماء إلى أن يبلغ الجدر»، وإن كانت الأرض بعضها أعلى من بعض ولا يقف الماء في الأرض العالية إلى الكعب حتى يقف في الأرض المستفلة إلى الوسط فيسقي المستفلة حتى يبلغ الماء إلى الكعب ثم يسدها ويسقي العالية حتى يبلغ الكعب، فإن أحيا جماعة أرضاً على هذا النهر وسقوا منه ثم جاء رجل فأحيا أرضاً في أعلاه إذا سقى أرضه استضر أهل النهر منع من ذلك لأن من ملك أرضاً ملكها بمرافقها والنهر من مرافق أرضهم فلا يجوز مضايقتهم فيه.

فصل: وإن اشترك جماعة **في استنباط عين** اشتركوا في مائها، فإن دخلوا على أن يتساووا وتساووا في الإنفاق، وإن دخلوا على أن يتفاضلوا تفاضلوا في الإنفاق، ويكون الماء بينهم على قدر النفقة لأنهم استفادوا ذلك بالإنفاق فكان حقهم على قدره، فإن أرادوا سقي أراضيهم **بالمهأياة** يوماً يوماً جاز، وإن أرادوا قسمة الماء نصبوا خشبة مستوية قبل الأراضي، وتفتح فيها كوى على قدر حقوقهم فتخرج حصة كل واحد منهم إلى أرضه، فإن أراد أحدهم أن يأخذ حقه من الماء قبل المقسم فى ساقية يحفرها إلى أرضه منع من ذلك لأن حريم النهر مشترك بينهم فلا يجوز لواحد منهم أن يحفر فيه، فإن أراد أن ينصب رحاً قبل المقسم ويديرها بالماء منع من ذلك لأنه يتصرف في حريم مشترك، فإن أراد أن يأخذ الماء ويسقي به أرضاً أخرى ليس لها **رسم بشرب** من هذا النهر منع منه لأنه يجعل لنفسه شرباً لم يكن له كما لا يجوز لمن له داران متلاصقان في دربين أن يفتح من أحدهما باباً إلى الأخرى فيجعل لنفسه طريقاً لم يكن له والله أعلم.

شرجة أو شرج وهي الأماكن التي يسيل إليها الماء من الحرة إلى السهل والحرة حجارة سود الواحد شرج بالإسكان. قوله: (**أن كان ابن عمتك**) بالفتح أي لكونه ابن عمتك حكمت له وقوله حتى يبلغ إلى الجدر. قال في الفائق: الجدر ما رفع من أعضاد المزرعة ليمسك الماء كالجدار والرواية بالدال المهملة، وقال الخطابي بالذال المعجمة، وهو أصل الجدار. قوله: (**في استنباط عين**) الاستنباط الاستخراج يقال: أنبط الحافر، إذا أخرج الماء. قال الله تعالى: ﴿لعلمه الذين يستنبطونه منهم﴾ [النساء: ٨٣] أي يستخرجونه. قوله: (**المهايأة**) هيأت الأمر أصلحته ولعله أخذ من هذا، كأنهما اصطلحا على ذلك وقد ذكر. قوله: (**رسم بشرب**) الرسم الأثر يقال رسم الدار ورسم البناء. وقد ذكر وذكر الشرب آنفاً.

كتاب اللقطة

إذا وجد **الحر الرشيد** لقطة يمكن حفظها وتعريفها كالذهب والفضة والجواهر والثياب، فإن كان ذلك في غير الحرم جاز التقاطه للتملك لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ سئل عن اللقطة، فقال ما كان منها في طريق مئتاء فعرفها حولاً فإن جاء صاحبها وإلا فهي لك، وما كان منها في خراب ففيها وفي الركاز الخمس وله أن يلتقطها للحفظ على صاحبها لقوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ [المائدة: ٢] ولما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه» وإن كانت في الحرم لم يجز أن يأخذها إلا للحفظ على صاحبها، ومن أصحابنا من قال يجوز التقاطها للتملك لأنها أرض مباحة فجاز أخذ لقطتها للتملك كغير الحرم والمذهب الأول لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والأرض فهو حرام إلى يوم القيامة لم يحل لأحد قبلي ولا يحل لأحد بعدي ولم يحل لي إلا ساعة من نهار، وهو حرام إلى يوم القيامة، لا ينفر صيدها ولا يعضد شجرها، ولا تلتقط لقطتها، إلا لمعرف»[1] ويلزمه المقام للتعريف، وإن لم يمكنه المقام دفعها إلى الحاكم ليعرفها من سهم المصالح.

فصل: وهل يجب أخذها؟ روى المزني أنه قال لا أحب تركها، وقال في الأم لا يجوز تركها فمن أصحابنا من قال فيه قولان: أحدهما لا يجب لأنها أمانة فلم يجب أخذها كالوديعة، والثاني يجب لما روى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه» ولو خاف على نفسه لوجب حفظها فكذلك إذا خاف على ماله، وقال أبو

ومن كتاب اللقطة

اللقطة بالإسكان المال الملقوط وبفتحها اسم الرجل الملتقط عند الخليل كقولهم: همزة وضحكة. وقال الأصمعي والفراء وابن الأعرابي: هو اسم المال الملتقط. وقال الزمخشري: اللقطة بفتح القاف والعامة تسكنها وأصله من لقط الشيء والتقطه إذا أخذه من الأرض وأصل فعلة في الكلام اسم الفاعل، وفعلة اسم مفعول غير أن كلام العرب جاء في اللقطة على غير قياس. أجمع أهل اللغة ورواة الأخبار على أن اللقطة الشيء الملتقط ذكره الأزهري. قال ابن عرفة الالتقاط وجود الشيء من غير طلب. قوله: **(الحر الرشيد)** هو الذي

---

(١) رواه البخاري في كتاب العلم باب ٣٩. أبو داود في كتاب المناسك باب ١٢٠. ابن ماجه في كتاب المناسك باب ١٠٣. الدارمي في كتاب البيوع باب ٦٠. أحمد في مسنده (١/٢٥٣).

العباس وأبو إسحاق وغيرهما: إن كانت في موضع لا يخاف عليها لأمانة أهله لم يجب عليه لأن غيره يقوم مقامه في حفظها، وإن كان في موضع يخاف عليها لقلة أمانة أهله وجب لأن غيره لا يقوم مقامه فتعين عليه وحمل القولين على هذين الحالين فإن تركها ولم يأخذها لم يضمن لأن المال إنما يضمن باليد أو بالإتلاف ولم يوجد شيء من ذلك ولهذا لا يضمن الوديعة إذا ترك أخذها فكذلك اللقطة.

فصل: وإن أخذها اثنان كانت بينهما كما لو أخذا صيداً كان بينهما فإن أخذها واحداً وضاعت منه ووجدها غيره وجب عليه ردها إلى الأول لأنه سبق إليها فقدم كما لو سبق إلى موات فتحجره.

فصل: وإذا أخذها عرف عفاصها ـ وهو الوعاء الذي تكون فيه ـ ووكاءها ـ وهو الذي تشد به ـ وجنسها وقدرها لما روى زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ سئل عن اللقطة، فقال: «**أعرف عفاصها ووكاءها** وعرفها سنة، فإن جاء من يعرفها وإلا فاخلطها بمالك»[1] فنص على العفاص والوكاء، وقسنا عليهما الجنس والقدر ولأنه إذا عرف هذه الأشياء لم تختلط بماله، وتعرف به صدق من يدعيها، وهل يلزمه أن يشهد عليها وعلى اللقيط؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها لا يجب لأنه دخول في أمانة فلم يجب الإشهاد عليه كقبول الوديعة، والثاني يجب لما روى عياض بن حمار رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من التقط لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب»[2] ولأنه إذا لم يشهد لم يؤمن أن يموت فتضيع اللقطة أو يسترق اللقيط، والثالث أنه لا يجب على اللقطة لأنه اكتساب مال فلم يجب الإشهاد عليه كالبيع ويجب على اللقيط، لأنه يحفظ به النسب فوجب الإشهاد عليه كالنكاح، وإن أخذها وأراد الحفظ على صاحبها لم يلزمه التعريف لأن التعريف للتملك فإذا لم يرد التملك لم يجب التعريف، فإن أراد أن يتملكها نظرت؛ فإن كان مالاً له قد يرجع من ضاع منه في طلبه لزمه أن يعرفه سنة لحديث عبد الله بن

يفعل الرشاد وهو ضد الغي والفساد، ويتحرى الصواب ويتجنب الخطأ. قوله: (**في طريق مئتاء**) أي مسلوك مفعول من الإتيان. قال شمير مئتاء الطريق وميداؤه محجته، ومنه الحديث لولا أنه طريق مئتاء لحزنا عليك يا إبراهيم. ولا يعضد شجرها لا يقطع وقد ذكر.

قوله: (**اعرف عفاصها ووكاءها**) العفاص جلد يلبسه رأس القارورة، وأما الذي يدخل

---

(١) رواه البخاري في كتاب اللقطة باب ٢ـ ٤. مسلم في كتاب اللقطة حديث ١، ٢، ٥ـ ٧. أبو داود في كتاب اللقطة باب ١. الترمذي في كتاب الأحكام باب ٣٥. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ٤٦.

(٢) رواه أبو داود في كتاب اللقطة باب ٩. ابن ماجه في كتاب اللقطة باب ٢. أحمد في مسنده (٤/ ١٦٢، ٢٦٦).

عمرو وحديث زيد بن خالد. وهل يجوز تعريفها سنة متفرقة؟ فيه وجهان: أحدهما لا يجوز ومتى قطع استأنف لأنه إذا قطع لم يظهر أمرها ولم يظهر طالبها، والثاني يجوز لأن اسم السنة يقع عليها ولهذا لو نذر صوم سنة جاز أن يصوم سنة متفرقة. ويجب أن يكون التعريف في أوقات اجتماع الناس كأوقات الصلوات وغيرها وفي المواضع التي يجتمع الناس فيها كالأسواق وأبواب المساجد لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك ويكثر منه في الموضع الذي وجدها فيه، لأن من ضاع منه شيء يطلبه في الموضع الذي ضاع فيه ولا يعرفها في المساجد، لما روى جابر قال: سمع رسول الله ﷺ رجلاً **ينشد ضالة** في المسجد فقال له النبي ﷺ: «لا وجدت»[1] وذلك لأنه كان يكره أن ترفع فيه الأصوات ويقول من ضاع منه شيء أو من ضاع منه دنانير ولا يزيد عليها حتى لا يضبطها رجل فيدعيها، فإن ذكر النوع والقدر والعفاص والوكاء ففيه وجهان: أحدهما لا يضمن لأن بمجرد الصفة لا يجب الدفع، والثاني يضمن لأنه لا يؤمن أن يحفظ ذلك رجل ثم يرافعه إلى من يوجب الدفع بالصفة، فإن لم يوجد من يتطوع بالنداء كانت الأجرة على الملتقط لأنه يتملك به، وإن كانت اللقطة مما لا يطلب كالتمرة واللقمة لم تعرف لما روى أنس قال: مر رسول الله ﷺ على تمرة في الطريق مطروحة فقال: «لولا أن أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها»[2] وإن كان مما يطلب إلا أنه قليل ففيه ثلاثة أوجه: أحدها يعرف القليل والكثير سنة وهو ظاهر النص لعموم الأخبار، والثاني لا يعرف الدينار لما روي أن علياً كرم الله وجهه وجد ديناراً فعرفه ثلاثاً فقال له النبي ﷺ: «كله أو شأنك به» والثالث يعرف ما يقطع فيه السارق ولا يعرف ما دونه لأنه تافه ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها: ما كانت اليد تقطع على عهد رسول الله ﷺ في **الشيء التافه**.

في فيها فهو الصمام. قال أبو عبيد: هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة إن كان جلداً أو خرقة أو غير ذلك. والوكاء مفسر في الكتاب، وأصله من أوكيت إذا شددت. وفي الحديث لا توكي فيوكي الله عليك. وما لأنه قدر أي عظيم كبير يقال: فلان له قدر عند الناس أي منزلة ودرجة. قال الله تعالى: ﴿وما قدروا الله حق قدره﴾ [الأنعام: ٩١] أي ما عظموه حق عظمته. قوله: (**ينشد ضالة**) أي يطلبها نشدت الضالة، طلبتها وأنشدته دللته عليها. وأصل النشيد رفع الصوت ومنه نشيد السفر وهو رفع الصوت به. وأما نشدتك الله فمعناه سألتك بالله. قوله: (**الشيء التافه**) هو الحقير اليسير وفي الحديث يصف القرآن ﴿لا يتفه ولا يتشان﴾ قوله: (**و]لا**

---

(١) رواه مسلم في كتاب المساجد حديث ٧٩. أبو داود في كتاب الصلاة باب ٢١. النسائي في كتاب المساجد باب ٢٥. أحمد في مسنده (٢/٣٤٩).

(٢) رواه البخاري في كتاب اللقطة باب ٦. مسلم في كتاب الزكاة حديث ١٦٤، ١٦٥.

فصل: فإن عرفها فلم يجد صاحبها ففيه وجهان: أحدهما تدخل في ملكه بالتعريف لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها وإلا فهي له»، ولأنه كسب مال بفعل فلم يعتبر فيه اختيار التملك كالصيد، والثاني أنه يملكه باختيار التملك لما روي في حديث زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها **وإلا فشأنك بها**» فجعله إلى اختياره ولأنه تملك ببدل فاعتبر فيه اختيار التملك كالملك بالبيع، وحكى فيه وجهان آخران: أحدهما أنه يملك بمجرد النية، والثاني يملكه بالتصرف ولا وجه لواحد منهما، ولا فرق في ملكها بين الغني والفقير لقوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها» ولم يفرق لأنه ملك بعوض فاستوى فيه الغني والفقير كالملك في القرض والبيع.

فصل: فإن حضر صاحبها قبل أن يملكها نظرت؛ فإن كانت العين باقية وجب ردها مع الزيادة المتصلة والمنفصلة لأنها باقية على ملكه، وإن كانت تالفة لم يلزم الملتقط ضمانها لأنه يحفظ لصاحبها فلم يلزم ضمانها من غير تفريط كالوديعة، وإن حضر بعد ما ملكها فإن كانت باقية وجب ردها، وإن كانت تالفة وجب عليه بدلها. وقال الكرابيسي لا يلزمه ردها ولا ضمان بدلها لأنه مال لا يعرف له مالك، فإذا ملكه لم يلزمه رده ولا ضمان بدله كالركاز والمذهب الأول لما روى أبو سعيد الخدري أن علياً كرم الله وجهه وجد ديناراً، فجاء صاحبه فقال النبي ﷺ: «أده» قال علي قد أكلته، فقال النبي ﷺ: «إذا جاء ناشيء أديناه» ويخالف الركاز فإنه مال لكافر لا حرمة له وهذا مال مسلم ولهذا لا يلزمه تعريف الركاز، ويلزمه تعريف اللقطة، فإن كانت العين باقية فقال الملتقط أنا أعطيك البدل لم يجبر المالك على قبوله لأنه يمكنه الرجوع إلى عين ماله فلا يجبر على قبول البدل، وإن حضر وقد باعها الملتقط وبينهما خيار ففيه وجهان: أحدهما يفسخ البيع ويأخذ لأنه يستحق العين والعين باقية، والثاني لا يجوز له أن يفسخ لأن الفسخ حق للعاقد فلا يجوز لغيره من غير إذنه، وإن حضر وقد زادت العين، فإن كانت زيادة متصلة رجع فيها مع الزيادة، وإن كانت زيادة منفصلة رجع فيها دون الزيادة لأنه فسخ ملك فاختلفت فيه الزيادة المتصلة والمنفصلة كالرد بالعيب.

فصل: وإن جاء من يدعيها ووصفها فإن غلب على ظنه أنها له أن يدفع إليه ولا يلزمه الدفع، لأنه مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة، فإن دفع إليه بالوصف ثم جاء غيره وأقام البينة أنها له قضى بالبينة لأنها حجة توجب الدفع فقدمت على

فشأنك بها) الشأن لأمر والحال معناه أمرها إلى اختيارك ومرادك. قال الله تعالى: ﴿كل يوم هو في شأن﴾ [الرحمٰن: ٢٩].

الوصف، فإن كانت باقية ردت على صاحب البينة، وإن كانت تالفة فله أن يضمن الملتقط لأنه دفع ماله بغير حق وله أن يضمن الآخذ لأنه أخذ ماله بغير حق فإن ضمن الآخذ لم يرجع على الملتقط، لأنه إن كان مستحقاً عليه فقد دفع ما وجب عليه فلم يرجع، وإن كان مظلوماً لم يجز أن يرجع على غير من ظلمه فلا يرجع على من لم يظلمه، وإن لم يقر له ولكنه قال يغلب على ظني أنها لك فله الرجوع لأنه بان بأنه لم يكن له وقد تلف في يده فاستقر الضمان عليه.

فصل: **وإن وجد ضالة** لم يخل إما أن تكون في برية أو بلد، فإن كانت في برية نظرت، فإن كانت مما يمتنع على صغار السباع بقوته كالإبل والبقر والخيل والبغال والحمير، أو ببعد أثره لسرعته كالظباء والأرانب أو بجناحه كالحمام والدراج، لم يجز التقاطه للتملك لما روى زيد بن خالد الجهني قال: سئل رسول الله ﷺ عن ضالة الإبل فغضب واحمرت عيناه، وقال: «ما لك ولها معها الحذاء والسقاء تأكل من الشجر، وترد الماء حتى يأتي ربها» وسئل عن ضالة الغنم، فقال خذها **هي لك أو لأخيك أو للذئب**»[1] وهل يجوز أخذها للحفظ؟ ينظر فيه فإن كان الواجد هو السلطان جاز لأن للسلطان ولاية في حفظ أموال المسلمين ولهذا روي أنه كان لعمر حظيرة يضع فيها الضوال فإن كان له حمى تركها في الحمى وأشهد عليها **ويسمها بسمة الضوال** للتميز عن غيرها من الأموال، وإن لم يكن له حمى فإن كان يطمع في مجيء صاحبها بأن يعرف أنها من نعم قوم يعرفهم حفظها اليومين والثلاثة وإن لم يعرف أو عرف ولم يجيء صاحبها باعها وحفظ ثمنها، لأنه إذا تركها احتاجت إلى نفقة وفي ذلك إضرار، وإن كان الواجد لها من الرعية ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه يأخذها للحفظ على صاحبها فجاز كالسلطان، والثاني لا يجوز لأنه لا ولاية له على صاحبها بخلاف السلطان، فإن أخذها للتملك أو للحفظ وقلنا إنه لا يجوز ضمنها لأنه تعدى بأخذها فضمنها كالغاصب، وإن دفعها إلى السلطان ففيه وجهان: أحدهما لا يبرأ من الضمان لأنه لا ولاية للسلطان على رشيد، والثاني يبرأ وهو

قوله: (**وإن وجد ضالة**) ضل الشيء أي ضاع وهلك. والضالة البهيمة سميت بذلك لأنها تهلك. ومنه قوله تعالى: ﴿أئذا ضللنا في الأرض﴾ [السجدة: ١٠] أي هلكنا وذهبنا. ولا تقع الضالة إلا على الحيوان. قوله: (**هي لك أو لأخيك أو للذئب**) معناه هي لك إن أخذتها، ولأخيك إن تركتها وأخذها أخوك، أو للذئب إذا تركتماها فيأخذها الذئب.

قوله: (**وسمها بسمة الضوال**) السمة العلامة وأصلها الوسم بالنار. أو أراد سمة مصدر

---

(١) رواه البخاري في كتاب اللقطة باب ١١. مسلم في كتاب اللقطة حديث ٥، ٦ ابن ماجه في كتاب اللقطة باب ١. الترمذي في كتاب الأحكام باب ٣٥.

المذهب لأن للسلطان ولاية على الغائب في حفظ ما يخاف عليه من ماله، ولهذا لو وجدها السلطان جاز له أخذها للحفظ على مالكها فإذا أخذها غيره وسلمها إليه بريء من الضمان، وإن كان مما لا يمتنع من صغرا السباع كالغنم وصغار الإبل والبقر أخذها لحديث زيد بن خالد الجهني أن رسول الله ﷺ قال في ضالة الغنم: «خذها هي لك أو لأخيك أو للذئب»[1]، ولأنه إذا تركها أخذها غيره أو أكلها الذئب فكان أخذها أحوط لصاحبها، وإذا أخذها فهو بالخيار بين أن يمسكها ويتطوع بالإنفاق عليها ويعرفها حولاً ثم يملكها، وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعرفها ثم بمالك الثمن، وبين أن يأكلها ويغرم بدلها ويعرفها لأنه إذا لم يفعل ذلك احتاج إلى نفقة دائمة، وفي ذلك إضرار بصاحبها والإمساك أولى من البيع والأكل لأنه يحفظ العين على صاحبها، ويجري فيها على **سنة الإلتقاط** في التعريف والتملك والبيع أولى من الأكل لأنه إذا أكل استباحها قبل الحول، وإذا باع لم يملك الثمن إلا بعد الحول فكان البيع أشبه بأحكام اللقطة، فإن أراد البيع ولم يقدر على الحاكم باعها بنفسه لأنه موضع ضرورة، وإن قدر على الحاكم ففيه وجهان: أحدهما لا يبيع إلا بإذنه لأن الحاكم له ولاية ولا ولاية للملتقط، والثاني يبيع من غير إذنه لأنه قد قام مقام المال فقام مقامه في البيع، وإن أكل فهل يلزمه أن يعزل البدل مدة التعريف؟ فيه وجهان: أحدهما لا يلزمه لأن كل حالة جاز أن يستبيح أكل اللقطة يلزمه عزل البدل كما بعد الحول، ولأنه إذا لم يعزل كان البدل قرضاً في ذمته وإذا عزله كان أمانة والقرض أحوط من الأمانة، والثاني يلزمه عزل البدل لأنه أشبه بأحكام اللقطة، فإن من حكم اللقطة أن تكون أمانة قبل الحول وقرضاً بعد الحول، فيصير البدل كاللقطة إن شاء حفظها له، وإن شاء عرفها ثم تملك، وإن أفلس الملتقط كان صاحبها أحق بها من سائر الغرماء، وإن وجد ذلك في بلد فقد روى المزني أن الصغار والكبار في البلد لقطة فمن أصحابنا من قال المذهب ما رواه المزني لأن النبي ﷺ إنما رفق بين الصغار والكبار في البرية لأن الكبار لا يخاف عليها لأنها ترد الماء وترعى الشجر وتتحفظ بنفسها، والصغار يخاف عليها لأنها لا ترد الماء والشجر فتهلك، وأما في البلد فالكبار كالصغار في الخوف عليها فكان الجميع لقطة ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر إن البلد كالبرية فالصغار فيه لقطة والكبار ليست بلقطة لعموم الخبر، فإن قلنا إن البلد كالبرية فالحكم فيه على ما ذكرناه إلا في الأكل فله أن يأكل الصغار في البرية وليس له أكلها في البلد لأن في البرية إذا لم يأكل الصغار هلكت لأنه لا يمكن بيعها، وفي البلد يمكن بيعها فلم يجز

وسم بالنار سمة وهو أولى. قوله: **(على سنة الالتقاط)** السنة الطريق وكذلك السنن أي على

---

(١) المصدر السابق.

الأكل. وإن قلنا إن الجميع في البلد لقطة فالحكم في الكبار كالحكم في الصغار في البرية إلا في الأكل، فإنه لا يأكل في البلد ويأكل الصغار في البرية لما ذكرناه.

فصل: وإن وجد عبداً صغيراً لا تمييز له جاز له أن يلتقطه لأنه كالغنم يعرفه حولاً ثم يملكه، وإن وجد جارية صغيرة لا تمييز لها فإن كان لا يحل له وطؤها جاز له أن يلتقطها للتملك كما يجوز أن يقترضها، وإن كانت تحل له لم يجز أن يلتقطها للتملك كما لا يجوز أن يقترضها.

فصل: وإن وجد كلب صيد لم يجز أن ينتفع به قبل الحول، فإن عرفه حولاً ولم يجد صاحبه جاز له أن ينتفع به لأن الإنتفاع بالكلب كالتصرف في المال، والتصرف في المال يقف على التعريف في الحول فكذلك الإنتفاع بالكلب.

فصل: وإن وجد مالاً يبقى كالشواء والطبيخ والخيار والبطيخ فهو الخيار بين أن يأكله ويغرم البدل وبين أن يبيعه ويحفظ الثمن على ما ذكرناه في الغنم في بيعه وحفظ ثمنه وأكله وعزل بدله، وخرج المزني فيه قولاً آخر أنه يلزمه البيع ولا يجوز الأكل، والمذهب الأول لأنه معرض للهلاك فخير فيه بين البيع والأكل كالغنم، وإن وجد ما لا يبقى ولكن يمكن التوصل إلى حفظه كالرطب والعنب، فإن كان الأنفع لصاحبه أن يباع بيع، وإن كان الأنفع أن يجفف جفف، وإن احتاج إلى مؤنة في تخفيفه ولم يوجد من يتطوع بيع بعضه وأنفق عليه.

فصل: وإن وجد خمراً أراقها صاحبها لم يلزمه تعريفها لأن إراقتها مستحقة فلم يجز التعريف، فإن صارت عنده خلاً ففيه وجهان: أحدهما أنها لمن أراقها لأنها عادت إلى الملك السابق، والملك السابق للذي أراق فعاد إليه كما لو غصبه من رجل فصار في يده خلاً، والثاني أنه للملتقط لأن الأول أسقط منها فصارت في يد الثاني ويخالف المغصوبة لأنها أخذت بغير رضاه فوجب ردها إليه.

فصل: فأما العبد إذا وجد لقطة ففيه قولان: أحدهما له أن يلتقط لأنه كسب بفعل فجاز للعبد كالإصطياد. والثاني لا يجوز لأن الإلتقاط يقتضي ولاية قبل الحول وضماناً بعد الحول، والعبد ليس من أهل الولاية ولا له ذمة يستوفي منها الحق إلى أن يعتق ويوسر. فإن قلنا إنه يجوز أن يلتقط فهلك في يده من غير تفريط لم يضمن، وإن هلك بتفريط ضمنها في رقبته فتباع فيها، وإن عرفها صح تعريفه، ولا يملك به لأنه في أحد القولين لا يملك المال. وفي الثاني يملك إذا ملكه السيد وههنا لم يملكه السيد، فإن قلنا إن الملتقط يملك بالتعريف من غير اختيار التملك دخل في ملك السيد كما يدخل في ملكه ما التقطه وعرفه. وإن قلنا لا يملك إلا باختيار التملك وقف على اختياره، فإن تملكها العبد وتصرف فيها

طريق الالتقاط والعادة المسلوكة فيه. قوله: **(في برية)** البرية الصحراء والجمع البراري

ففيه وجهان: أحدهما يضمنها في ذمته ويتبع بها إذا عتق كما لو اقترض شيئاً. والثاني يضمنها في رقبته لأنه مال لزمه بغير رضا من له الحق فتعلق برقبته كأرش الجناية، وإن علم السيد نظرت؛ فإن لم يكن عرفها العبد عرفها السيد حولاً ثم تملك، وإن عرفها العبد تملكها السيد في الحال لأن تعريف العبد كتعريفه، فإن عرفها العبد بعض الحول عرفها السيد ما بقي ثم تملك، وإن أقرها في يد العبد نظرت؛ فإن كان العبد أميناً لم يضمن كما لا يمضمن ما التقطه بنفسه وسلمه إلى عبده، وإن كان خائناً ضمنها كما لو التقطها بنفسه وسلمها إليه وهو خائن، وإن قلنا إنه لا يجوز أن يلتقط فالتقط ضمنها في رقبته لأنه أخذ مال غيره بغير حق فأشبه إذا غصبه، وإن عرفها لم يصح تعريفه لأنها ليست في يده بحكم اللقطة، فإن علم السيد نظرت؛ فإن أخذها صارت في يده أمانة لأنه أخذ ما يجوز له أخذه بحكم الإلتقاط فصار كما لو وجد لقطة فالتقطها، ويبرأ العبد من الضمان لأنه دفعها إلى من يجوز الدفع إليه فبرئ من الضمان كما لو دفعها إلى الحاكم، وإن أراد أن يتملك ابتدأ التعريف ثم يتملك ابتدأ التعريف ثم تملك، فإن أقرها في يد العبد ليعرفها، فإن كان أميناً لم يضمن كما لو استعان به في تعريف ما التقطه بنفسه وإن لم يأخذها ولا أقرها في يده ولكنه أهملها فقد روى المزني أنه يضمنها في رقبة العبد. وروى الربيع أنه يضمنها في ذمته ورقبة العبد. فمن أصحابنا من قال: الصحيح ما رواه المزني أنه يختص برقبته لأن الذي أخذ هو العبد فاختص الضمان برقبته فعلى هذا إن تلف العبد سقط الضمان، وقال أبو إسحاق: الصحيح ما رواه الربيع، وأنه يتعلق بذمة السيد ورقبة العبد لأن العبد تعدى بالأخذ والسيد تعدى بالترك فاشتركا في الضمان، فعلى هذا إن تلف العبد لم يسقط الضمان وإن التقط العبد لقطة ولم يعلم السيد بها حتى أعتقه فعلى القولين. إن قلنا إنه يجوز للعبد أن يلتقط كان للسيد أن يأخذها منه لأنه كسب له حصل له في حال الرق فكان للسيد كسائر أكسابه. وإن قلنا لا يجوز للعبد أن يلتقط كان للسيد أن يأخذها منه لأنه كسب له حصل له في حال الرق فكان السيد كسائر أكسابه، وإن قلنا لا يجوز أن يلتقط لم يكن للسيد أن يأخذها منه لأنه لم يثبت للعبد عليه الإلتقاط فعلى هذا يكون العبد لأنها في يده وهو من أهل الالتقاط ويحتمل أن لا يكون أحق بها لأن يده يد ضمان فلا تصير يد أمانة.

فصل: وإن وجد المكاتب لقطة فالمنصوص أنه كالحر، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: إنه كالحر قولاً واحداً لأنه يملك التصرف في المال وله ذمة يستوفي منها الحق فهو كالحر ومنهم من قال: هو كالعبد لأنه ناقص بالرق كالعبد فيكون في التقاطه قولان: فإن قلنا إنه كالحر أو قلنا إنه كالعبد وجوزنا التقاطه صح تعريفه، فإذا عرفها ملكها لأنه من أهل الملك، وإذا قلنا إنه كالعبد ولم نجوز التقاطه صار ضامناً لأنه تعدى

والبريت بوزن فعليت البرية لما سكنت التاء وصارت التاء هاء مثل عفريت وعرية. والجمع

بالأخذ ويجب أن يسلمها إلى السلطان لأنه لا يمكن إقرارها في يده لأنها في يده بغير حق، ولا يمكن تسليمها إلى السيد لأنه لا حق له في أكسابه فوجب تسليمها إلى السلطان، فإن أخذها السلطان برئ المكاتب من الضمان فتكون في يده السلطان أبداً إلى أن يجد صاحبها.

فصل: وإن وجد اللقطة من نصفه حر ونصفه عبد فالمنصوص أنه كالحر. فمن أصحابنا من قال: هو كالحر قولاً واحداً لأنه تملك ملكاً تاماً وله ذمة صحيحة فهو كالحر، ومنهم من قال هو **كالعبد القن** لما فيه من نقص الرق، فيكون على قولين، فإذا قلنا إنه كالحر نظرت؛ فإن لم يكن بينه وبين السيد مهايأة كانا شريكين فيها كسائر أكسابه، وإن كان بينهما مهايأة، فإن قلنا إن الكسب **النادر** لا يدخل في المهايأة كانت اللقطة بينهما لأنه بمنزلة ما لم يكن بينهما مهايأة، وإن قلنا إن الكسب النادر يدخل في المهايأة كانت اللقطة لمن وجدها في يومه.

فصل: وإن وجد المحجور عليه لسفه أو جنون أو صغر لقطة صح التقاطه لأنه كسب بفعل فصح من المحجور عليه كالإصطياد وعلى الناظر في أمره أن ينتزعها منه ويعرفها لأن اللقطة في مدة التعريف أمانة، والمحجور عليه ليس من أهل الأمانة فإن كان ممن يجوز الاقتراض عليه تملكها له، وإن كان ممن لا يجوز الاقتراض عليه لم يتملك له، لأن التملك بالالتقاط كالتملك بالاقتراض في ضمان البدل.

فصل: وإن وجد الفاسق لقطة لم يأخذها لأنه لا يؤمن أن لا يؤدي الأمانة فيها فإن التقطها ففيه قولان: أحدهما لا تقر في يده وهو الصحيح لأن الملتقط قبل الحول كالولي في حق الصغير والفاسق ليس من أهل الولاية في المال، والثاني تقر في يده لأنه كسب بفعل فأقر في يده كالصيد فعلى هذا يضم إليه من يشرف عليه، وهل يجوز أن ينفرد بالتعريف فيه قولان: أحدهما يجوز لأن التعريف لا يفتقر إلى الأمانة. والثاني لا يجوز حتى يكون معه من **يشرف عليه** لأنه لا يؤمن أن يفرط في التعريف، فإذا عرفه ملكه لأنه من أهل التملك.

فصل: وإن التقط كافر لقطة في دار الإسلام ففيه وجهان: أحدهما يملك بالتعريف لأنه كسب بالفعل فاستوى فيه الكافر والمسلم كالصيد، والثاني لا يملك لأن تصرفه بالحفظ والتعريف بالولاية والكافر لا ولاية له على المسلم.

البراري. قوله: **(العبد القن)** خالص العبودية احترز به من المكاتب وأم الولد. قوله: **(النادر)** هو الشاذ الذي لا يكاد يحصل في العادة يقال: ندر الشيء إذا سقط وشذ، ومنه النوادر.

قوله: **(من يشرف عليه)** أي يطلع عليه مأخوذ من الشرف وهو المكان العالي كأنه ينظر إليه من فوقه والله أعلم.

كتاب اللقيط

التقاط المنبوذ فرض على الكفاية لقوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ [المائدة: ٢] ولأنه تخليص آدمي له حرمة من الهلاك فكان فرضاً كبذل الطعام للمضطر.

فصل: وإن وجد لقيط مجهول الحال حكم بحريته لما روى سنين أبو جميلة قال: أخذت منبوذاً على عهد عمر رضي الله عنه **فذكره عريفي** لعمر رضي الله عنه فأرسل إليّ فدعاني والعريف عنده. فلما رآني قال عسى **الغوير أبؤساً** فقال عريفي: إنه لا يتهم فقال عمر ما حملك على ما صنعت قلت **وجدت نفساً بمضيعة** فأحببت أن يأجرني الله تعالى فيه، فقال: هو حر **وولاؤه لك** وعلينا رضاعه، ولأن الأصل في الناس الحرية، فإن كان عليه ثياب أو حلي أو تحته فراش أو في يده دراهم أو عنان فرس أو كان في دار ليس فيها غيره فهي له لأنه حر فكان ما في يده له كالبالغ، وإن كان على بعد منه مال مطروح أو فرس مربوط لم يكن له لأنه لا يد له عليه، وإن كان بالقرب منه وليس هناك غيره ففيه وجهان: أحدهما ليس له لأنه لا يد له عليه. والثاني لأن الإنسان قد يترك ماله بقربه فإذا لم يكن هناك غيره فالظاهر أنه له، وإن كان تحته مال مدفون لم يكن له لأن البالغ لو

ومن كتاب اللقيط

المنبوذ الطفل المطروح المرمي به. نبذت الشيء رميته ومنه قوله تعالى: ﴿فنبذوه وراء ظهورهم﴾ [آل عمران: ١٨٧] ونمه سمي النبيذ لأنه يطرح فيه الماء. واللقيط فعيل بمعنى مفعول. قوله: **(لما روى سنين أبو جميلة)** بنونين، ومن قال سنى فقد أخطأ. قال الأمير ابن ماكولا في كتاب الإكمال سنين بنونين بينهما ياء حج مع النبي ﷺ حجة الوداع. وروى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، وروى عنه الزهري. قال أبو موسى: سنين بن فرقد. قوله: **(فذكره عريفي)** العريف رجل يكون رئيساً على نفر تعريف أمورهم ويجمعهم عند الغزو وهو فعيل من المعرفة. قوله: **(عسى الغوير أبؤساً)** الغوير ماء لكلب. وهذا مثل أول من تكلم به الزباء الملكة حين رأت الإبل عليها الصناديق فاستنكرت شأن قصير إذ أخذ على غير الطريق. أرادت عسى أن يأتي ذلك الطريق بشر. ومراد عمر رضي الله عنه اتهام الرجل أن يكون أبا المنبوذ حتى أثنى عليه عريفه خيراً. والأبؤس جمع بأس وانتصابه بعسى على أنه خبره على ما عليه أصل القياس. وقال الأصمعي: أصله أنه كان غار فيه ناس فانهار عليهم أو آتاهم فيه عدو فقتلهم فصار مثلاً لكل شيء يخلف أن يأتي منه شر. قوله: **(وجدت نفساً بمضيعة)** على وزن معيشة أي مهلكة من ضاع الشيء أي هلك. وقد أتى على هذا الوزن في قول قيس ابن ذريح:

بدار مضيعة تركتك لبنى ... كذلك الحين يهدي للمضاع

قوله: **(وولاؤه لك)** جعله مولاه كأنه أعتقه إذا التقطه فأنقذه من الموت أو أن يلتقط غيره فيدعي رقبته. وقيل أمر تربيته وليس ولاء العتق.

جلس على الأرض وتحته دفين لم يكن له ذلك فكذلك اللقيط.

فصل: وإن وجد في بلد من بلاد المسلمين وفيه مسلم فهو مسلم لأنه اجتمع له حكم الدار وإسلام من فيها، وإن كان في بلد الكفار ولا مسلم فيه فهو كافر لأن الظاهر أنه ولد بين كافرين، وإن كان فيه مسلم ففيه وجهان: أحدهما أنه كافر تغليباً لحكم الدار. والثاني أنه مسلم تغليباً لإسلام المسلم الذي فيه، وإن التقطه حر مسلم أمين مقيم موسر أقر في يده لما ذكرناه من حديث عمر رضي الله عنه، ولأنه لا بد من أن يكون في يد من **يكفله** فكان الملتقط أحق به لحق السبق.

فصل: فإن كان له مال كانت نفقته في ماله كالبالغ، ولا يجوز للملتقط أن ينفق من ماله بغير إذن الحاكم، فإن أنفق عليه من غير إذنه ضمنه لأنه لا ولاية له عليه إلا في الكفاية فلم يملك الإنفاق بنفسه كالأم، وإن فوض إليه الحاكم أن ينفق عليه مما وجده معه فقد قال في كتاب اللقيط يجوز، وقال في كتاب اللقطة إذا أنفق الواحد على الضالة ليرجع به لم يجز حتى يدفع إلى الحاكم ثم يدفع الحاكم إليه ما ينفق عليه، فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين: أحدهما لا يجوز لأنه لا يلي بنفسه فلم يجز أن يكون وكيلاً لغيره في القبض له من نفسه كما لو كان عليه دين ففوض إليه صاحب الدين قبض ماله عليه من نفسه. والثاني يجوز لأنه جعل أميناً على الطفل فجاز أن ينفق عليه مما له في يده كالوصي، ومنهم من قال يجوز في اللقيط ولا يجوز في الضالة، لأن اللقيط لا ولي له في الظاهر فجاز أن يجعل الواحد ولياً له، والضالة لها مالك هو ولي عليها فلا يجوز أن يجعل الواحد ولياً عليها، وإن لم يكن حاكم فأنفق من غير إشهاد ضمن، وإن أشهد ففيه قولان: أحدهما يضمن لأنه لا ولاية له فضمن كما لو كان الحاكم موجوداً، والثاني لا يضمن لأنه موضع ضرورة، وإن لم يكن له مال وجب على السلطان القيام بنفقته لأنه آدمي له حرمة يخشى هلاكه فوجب على السلطان القيام بحفظه كالفقير الذي لا كسب له، ومن أين تجب النفقة فيه قولان: أحدهما من بيت المال لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه استشار الصحابة في نفقة اللقيط فقالوا من بيت المال، ولأن من لزم حفظه بالإنفاق ولم يكن له مال وجبت نفقته من بيت المال كالفقير الذي لا كسب له فعلى هذا لا يرجع على أحد بما أنفق عليه، والقول الثاني: لا يجب من بيت المال لأن مال بيت المال لا يصرف إلا فيما لا وجه له غيره واللقيط يجوز أن يكون عبداً فنفقته على مولاه أو حراً له مال أو فقيراً له من تلزمه نفقته فلم يلزم من بيت المال فعلى هذا يجب على الإمام أن يقترض له ما ينفق من بيت

قوله: **(يكفله)** أي يعوله ويربيه. ومنه قوله تعالى: ﴿وكفلها زكريا﴾ [آل عمران: ٣٧]

المال أو من رجل من المسلمين، فإن لم يكن في بيت المال ولا وجد من يقرضه جمع الإمام **من له مكنة** وعد نفسه فيهم وقسط عليهم نفقته، فإن بان أنه عبد رجع على مولاه، وإن بان أن له أباً موسراً رجع عليه بما اقترض له، فإن لم يكن له أحد وله كسب رجع في كسبه، وإن لم يكن له كسب قضى من سهم من ثري من المساكين أو الغارمين.

فصل: وأما إذا التقطه عبد فإن كان بإذن السيد وهو من أهل الإلتقاط جاز لأن الملتقط هو السيد والعبد نائب عنه، وإن كان بغير إذنه لم يقر في يده لأنه **لا يقدر على حضانته** مع خدمة السيد، وإن علم به السيد وأقره في يده كان ذلك التقاطاً من السيد والعبد نائب عنه.

فصل: وإن التقطه كافر نظرت، فإن كان اللقيط محكوماً بإسلامه لم يقر في يده لأن الكفالة ولاية ولا ولاية للكافر على المسلم ولأنه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه، وإن كان محكوماً بكفره أقر في يده لأنه على دينه، وإن التقطه فاسق لم يقر في يده لأنه لا يؤمن أن يسترقه وأن يسيء في تربيته ولأن الكفالة ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية.

فصل: **وإن التقطه ظاعن** يريد أن يسافر به نظرت؛ فإن لم تختبر أمانته في الباطن لم يقر في يده لأنه لا يؤمن أن يسترقه إذا غاب، وإن اختبرت أمانته في الباطن فإن كان اللقيط في الحضر والملتقط من أهل البدو ويريد أن يخرج به إلى البدو ومنع منه لأنه ينقله من العيش في الرخاء إلى العيش في الشقاء، **ومن طيب المنشأ إلى موضع الجفاء** وفي الخبر: «**من بدا فقد جفا**» وإن أراد أن يخرج به إلى بلد آخر ففيه وجهان: أحدهما يجوز وهو ظاهر النص لأن البلد كالبلد. والثاني لا يجوز لأن البلد الذي وجد فيه أرجى لظهور نسبه فيه، وإن كان الملتقط في بدو، فإن كان الملتقط من أهل الحضر وأراد أن يخرج به إلى الحضر جاز لأن الحضر أرفق به وأنفع له، وإن كان من البادية فإن كانت حلته في مكان لا ينتقل عنه أقر في يده لأن الحلة كالقرية، وإن كان يظعن في طلب الماء والكلأ

وقوله: ﴿هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه﴾ [القصص: ١٢]. قوله: (**من له مكنة**) أي غنى ومال. قوله: (**لا يقدر على حضانته**) أي حمله ووضعه وغسل خرقه والقيام بأمره. وأصله من الحضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح، لأن الحاضنة تجعل الطفل هنالك. قوله: (**إن التقطه ظاعن**) أي مسافر والظعن السفر. قال الله تعالى: ﴿يوم ظعنكم ويوم إقامتكم﴾ [النحل: ٨٠] يقرأ بإسكان العين وفتحها. قوله: (**ومن طيب المنشأ إلى موضع الجفاء**) المنشأ بالهمز مقصور وهو موضع النشوء وزمان الحداثة والصغر. يقال: نشأت في بني فلان نشئاً ونشوءاً إذا شببت فيهم. مأخوذ من أنشأه الله أي ابتدأ خلقه. قال الله تعالى: ﴿أو من ينشأ في الحلية﴾ قرئ بفتح الشين وضمها. قوله: (**من بدا فقد جفا**) أي من نزل البادية صار فيه جفاء

ففيه وجهان: أحدهما يقر في يده لأنه أرجى لظهور نسبه. والثاني لا يقر في يده لأنه يشقى بالتنقل في البدو.

فصل: وإن التقطه فقير ففيه وجهان: أحدهما لا يقر في يده لأنه لا يقدر على القيام بحضانته وفي ذلك إضرار باللقيط. والثاني يقر في يده لأن الله تعالى يقوم بكفاية الجميع.

فصل: وإن تنازع في كفالته نفسان من أهل الكفاية قبل أن يأخذاه أخذه السلطان وجعله في يد من يرى منهما أو من غيرهما لأنه لا حق لهما قبل الأخذ ولا مزية لهما على غيرهما فكان الأمر فيه إلى السلطان، وإن التقطاه وتشاحا أقرع بينهما، فمن خرجت عليه القرعة أقر في يده، وقال أبو علي بن خيران: لا يقرع بينهما بل يجتهد الحاكم فيقره في يد من هو أحظ له والمنصوص هو الأول لقوله تعالى: ﴿وما كنت لديهم إذ **يلقون أقلامهم** أيهم يكفل مريم﴾ [آل عمران: ٤٤]ولأنه لا يمكن أن يجعل في أيديهما لأنه لا يمكن أحدهما لأنهما متساويان في سبب الإستحقاق، ولا يمكن أن يسلم إلى غيرهما لأنه قد ثبت لهما حق الإلتقاط فلا يجوز إخراجه عنهما فأقرع بينهما كما لو أراد أن يسافر بإحدى نسائه، وإن ترك أحدهما حقه من الحضانة ففيه وجهان: أحدهما يدفع إلى السلطان فيقره في يد من يرى لأن الملتقط لا يملك غير الحفظ، فأما إقرار اللقيط في يد غيره فليس ذلك إليه، ولهذا لو انفرد بالإلتقاط لم يملك أن ينقله إلى غيره. والثاني وهو المذهب أنه يقر في يد الآخر من غير إذن السلطان لأن الحضانة بحكم الإلتقاط لا تفتقر إلى إذن السلطان، ولهذا لو انفرد كل واحد منهما بالإلتقاط ثبت له الحضانة من غير إذن، فإذا اجتمعا وترك أحدهما حقه ثبت للآخر كالشفعة بين شفيعين.

فصل: فأما إذا اختلفا في الالتقاط فادعى كل واحد منهما أنه الملتقط ولم تكن بينة، فإن لم يكن لأحدهما عليه يد أقره السلطان في يد من يرى منهما أو من غيرهما لأنه لا حق لهما، وإن كان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه لأن اليد تشهد له، وإن كان في يدهما تحالفا فإن حلفا أو نكلا صارا كالملتقطين يقرع بينهما على المذهب، وعلى قول أبي علي ابن خيران يقره الحاكم في يد من هو أحظ له، فإن كان لأحدهما بينة قضى له لأن البينة أقوى من اليد والدعوى، وإن كان لكل واحد منهما بينة فإن كانت بينة أحدهما **أقدم تاريخاً** قضى له لأنه قد ثبت له السبق إلى الإلتقاط، وإن لم تكن بينة أحدهما أقدم تاريخاً فقد تعارضت البينتان ففي أحد القولين تسقطان فيصيران كما لو لم تكن بينة وقد بيناه، وفي القول الثاني تستعملان وفي الاستعمال ثلاثة أقوال: أحدها

الأعراب والجفاء ممدود ضد البر يقال جفوت الرجل أجفوه فهو مجفو ولا يقال جفيت، والحلة والمحلة منزل القوم وحيث يحلون. قوله: (**إذ يلقون أقلامهم**) القلم ههنا القدح الذي يضرب فيه السهام للقرعة، وكانت العرب تقترع بها. قوله: (**أقدم تاريخاً**) يقال فيه تاريخ

القسمة، والثاني القرعة، والثالث **الوقف**، ولا يجيء ههنا إلا القرعة لأنه لا يمكن اللقيط بينهما ولا يمكن الوقف لأن فيه إضراراً باللقيط فوجبت القرعة.

فصل: وإن ادعى حر مسلم نسبه لحق به وتبعه في الإسلام لأنه يقر له بحق لا ضرر فيه على أحد فقبل كما لو أقر له بمال وله أن يأخذه من الملتقط لأن الوالد أحق بكفالة الولد من الملتقط، وإن كان الذي أقر بالنسب هو الملتقط فالمستحب أن يقال له من أين صار ابنك لأنه ربما اعتقد أنه بالإلتقاط صار أباً له، وإن ادعى نسبه عبد لحق به لأن العبد كالحر في السبب الذي يلحق به النسب، ولا يدفع إليه لأنه لا يقدر على حضانته لاشتغاله بخدمة مولاه، وإن ادعى نسبه كافر لحق به لأن الكافر كالمسلم في سبب النسب، وهل يصير اللقيط كافراً؟ قال في اللقيط أحببت أن أجعله مسلماً، وقال في الدعوى والبينات أجعله مسلماً، فمن أصحابنا من قال إن أقام البينة حكم بكفره قولاً واحداً، وإن لم تقم البينة ففيه قولان: أحدهما يحكم بكفره لأنا لما حكمنا بثبوت نسبه فقد حكمنا بأنه ولد على فراشه. والقول الثاني يحكم بإسلامه لأنه محكوم بإسلامه بالدار فلا يحكم بكفره بقول كافر، وقال أبو إسحاق: الذي قال في اللقيط أراد به إذا ادعاه وأقام البينة عليه لأنه قد ثبت بالبينة أنه ولد على فراش كافر، والذي قال في الدعوى والبينات أراد إذا ادعاه من غير بينة، لأنه محكوم بإسلامه بظاهر الدار، فلا يصير كافراً بدعوى الكافر. وهذا الطريق هو الصحيح لأنه نص عليه في الإملاء وإذا قلنا إنه يتبع الأب في الكفر فالمستحب أن يسلم إلى مسلم أن يبلغ احتياطاً للإسلام، فإن بلغ ووصف الكفر أقررناه على كفره، وإن وصف الإسلام حكمنا بإسلامه من وقته.

فصل: وإن ادعت امرأة نسبه ففيه ثلاثة أوجه: أحدها يقبل لأنها أحد الأبوين فقبل إقرارها بالنسب كالأب. والثاني لا يقبل وهو ظاهر النص لأنه يمكن إقامة البينة على ولادتها من طريق المشاهدة فلا يحكم فيها بالدعوى بخلاف الأب، فإنه لا يمكن إقامة البينة على ولادته من طريق المشاهدة فقبلت فيه دعواه. ولهذا قلنا إنه إذا قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق لم يقبل قولها في دخول الدار إلا ببينة، ولو قال لها إن حضت فأنت طالق قبل قولها في الحيض من غير بينة لما ذكرناه من الفرق فكذلك ههنا، والثالث **إن كانت فراشاً** لرجل لم يقبل قولها لأن إقرارها يتضمن إلحاق النسب بالرجل، وإن لم تكن فراشاً قبل لأنه لا يتضمن إلحاق النسب بغيرها.

فصل: وإن تداعى نسبه رجلان لم يجز إلحاقه بهما لأن الولد لا ينعقد من اثنين

وتوريخ كما يقال في فعله أرخت وورخت بالهمز وتركه. قوله: **(الوقف)** معناه التوقف والانتظار إلى أن يصطلحا عليه أو يقوم للحاكم دليل. قوله: **(دعواه)** الدعوة بالكسر ادعاء النسب. قوله: **(فإن كانت فراشاً)** إنما سميت المرأة فراشاً لأن الرجل يفترشها. يقال: فلان

والدليل عليه قوله تعالى: ﴿إنا خلقناكم من ذكر وأنثى﴾ [الحجرات: ١٣] فإن لم يكن لواحد منهما بينة **عرض الولد على القافة** وهم قوم بني مدلج من كنانة، فإن ألحقته بأحدهما لحق به لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: دخل علي رسول الله ﷺ أعرف السرور في وجهه فقال ألم تري إلى مجزز المدلجي نظر إلى أسامة وزيد وقد غطيا رؤوسهما وقد بدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض فلو لم يكن ذلك حقاً لما سربه رسول الله ﷺ. وهل يجوز أن يكون من غير بني مدلج؟ فيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأن ذلك ثبت بالشرع ولم يرد الشرع إلا في بني مدلج، والثاني أنه يجوز وهو الصحيح لأنه علم يتعلم **ويتعاطى** فلم تختص به قبيلة كالعلم بالأحكام، وهل يجوز أن يكون واحداً فيه جهان: أحدهما أنه يجوز لأن النبي ﷺ سر بقول مجزز المدلجي وحده، ولأنه بمنزلة الحاكم لأنه يجتهد ويحكم كما يجتهد الحاكم ثم يحكم. والثاني لا يجوز أقل من اثنين لأنه حكم بالشبه في الخلقة فلم يقبل من واحد كالحكم في المثل من جزاء الصيد. ولا يجوز أن يكون امرأة ولا عبداً كما لا يجوز أن يكون الحاكم امرأة ولا عبداً ولا يقبل إلا قول من جرب وعرف بالقيافة حذقه كما لا يقبل في الفتيا إلا قول من عرف في العلم حذقه، وإن ألحقته بهما أو نفته عنهما أو أشكل الأمر عليها أو لم تكن قافة ترك حتى يبلغ، ويؤخذان بالنفقة عليه لأن كل واحد منهما يقول أنا الأب وعلى نفقته، فإذا بلغ أمرناه أن ينتسب **إلى من يميل طبعه إليه** لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال للغلام الذي أحلقته القافة بهما: وال **أيهما شئت** ولأن الولد يجد لوالده ما لا يجد لغيره فإذا تعذر العلم بقول القافة رجع إلى اختيار الولد، وهل يصح أن ينتسب إذا صار مميزاً ولم يبلغ؟ فيه وجهان: أحدهما يصح كما يصح أن يختار الكون مع أحد الأبوين إذا صار مميزاً. والثاني لا يصح لأنه قول يتعين به النسب ويلزم الأحكام به فلا يقبل من الصبي ويخالف اختيار الكون مع أحد الأبوين لأن ذلك غير لازم ولهذا لو اختار أحدهما ثم انتقل إلى الآخر جاز، ولا يجوز ذلك في النسب، وإن كان لأحدهما بينة قدمت على القافة لأن البينة تخبر عن سماع أو مشاهدة والقافة تخبر عن اجتهاد، فإن كان لكل واحد

كريم المفارش إذا كان يتزوج كرائم النساء. قوله: **(عرض الولد على القافة)** أي أظهر حتى يروه. قال الله تعالى: ﴿وعرضنا جهنم يومئذ للكافرين عرضاً﴾ [الكهف: ١٠٠] أي أبرزناها وأظهرناها ليشاهدوها والقافة جمع قائف وهو الذي يعرف الآثار. يقال قفيت أثره إذا اتبعته مثل قفوت أي اتبعت أصله من القفا. يقال قفوته أي سرت أثره ذكره العزيزي. قوله: **(ويتعاطى)** أي يتناول والمعاطاة التناول وأراد أنه يتعلم. قوله: **(إلى من يميل طبعه إليه)** الطبع ما جبل الإنسان عليه من أصل خلقته وقد ذكر. قوله: **(وال أيهما شئت)** أي تابع والموالاة

منهما متعارضتان لأنه لا يجوز أن يكون الولد من اثنين ففي أحد القولين يسقطان، ويكون كما لو لم تكن بينة وقد بيناه، وفي الثاني تستعملان فعلى هذا هل يقرع بينهما؟ فيه وجهان: أحدهما يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة قضى له لأنه لا يمكن قسمة الولد بينهما، ولا يمكن الوقف لأن فيه إضراراً باللقيط فوجبت القرعة، والثاني لا يقرع لأن معنا ما هو أقوى من القرعة وهو القافة فعلى هذا يصير كما لو لم يكن لهما بينة وليس في موضع تسقط الأقوال الثلاثة في استعمال البينتين إلا في هذا الموضع على هذا المذهب. وإن تداعت امرأتان نسبه وقلنا إنه يصح دعوى المرأة ولم تكن بينة فهل يعرض على القافة؟ فيه وجهان: أحدهما يعرض لأن الولد يأخذ الشبه من الأم كما يأخذ من الأب، فإذا جاز الرجوع إلى القافة في تمييز الأب من غيره بالشبه جاز في تمييز الأم من غيرها، والثاني لا يعرض لأن الولد يمكن معرفة أمه يقيناً فلم يرجع فيه إلى القافة بخلاف الأب، فإنه لا يمكن معرفته إلا ظناً فجاز أن يرجع فيه إلى الشبه.

فصل: وإن ادعى رجل رق اللقيط لم يقبل إلا ببينة لأن الأصل هو الحرية، فإن شهدت له البينة نظرت؛ فإن شهدت له بإنه ولدته أمته فقد قال في اللقيط جعلته له، وقال في الدعوى والبينات إن شهدت له بأنه ولدته أمته في ملكه جعلته له، فمن أصحابنا من قال يجعل له قولاً واحداً وإن لم تقل ولدته في ملكه، وما قال في الدعوى والبينات ذكره تأكيد لا شرطاً لأن ما تأتي به أمته من غيره لا يكون إلا مملوكاً له، ومنهم من قال فيه قولان: أحدهما يجعل له بينة، والثاني لا يجعل له لأنه يحتمل أن تكون الأمة ولدته قبل أن يملكها ثم ملكها فلم يملك ولدها. وإن شهدت له البينة بالملك ولم تذكر سبب الملك ففيه قولان: أحدهما يحكم له كما يحكم له إذا شهدت له بملك مال وإن لم تذكر سببه. والثاني لا يحكم لأن البينة قد تراه في يده فتشهد بأنه عبده بثبوت يده عليه بالإلتقاط أو غيره، وإن شهدت البينة له باليد فإن كان المدعي هو الملتقط لم يحكم له لأنه قد عرف سبب يده وهو الالتقاط، ويد الالتقاط لا تدل على الملك فلم يكن للشهادة تأثير، وإن كان المدعي غيره ففيه قولان: أحدهما يحكم له مع اليمين لأن اليد قد ثبتت فإذا حلف حكم له كما لو كان في يده مال فحلف عليه، والثاني لا يحكم له لأن ثبوت اليد على اللقيط لا تدل على الملك لأن الظاهر الحرية.

فصل: ومن حكم بإسلامه أو بأحد أبويه أو بالسابي فحكمه قبل البلوغ حكم سائر المسلمين في الغسل والصلاة والميراث والقصاص والدية، لأن السبب الذي أوجب

المتابعة والموالاة المعاداة. قوله: (**رق اللقيط**) أي عبوديته. قوله: (**أو بالسابي**) هو الذي يسببه أي يأسره والسبأ أصله الأسر. يقال: سبيت العدو سبياً إذا أسرته. واستبيته مثله.

الحكم بإسلامه لم يزل فأشبه من أسلم بنفسه وبقي على إسلامه، فإن بلغ ووصف الكفر فالمنصوص أنه مرتد فإن تاب وإلا قتل لأنه محكوم بإسلامه قطعاً فأشبه من أسلم بنفسه ثم ارتد، ومن أصحابنا من قال فيه قولان: أحدهما ما ذكرناه، والثاني أنه يقر على الكفر لأنه لما بلغ زال حكم التتبع فاعتبر بنفسه، فإن بلغ ولم يصف الإسلام ولا الكفر فقتله قاتل، فالمنصوص أنه لا قود على قاتله، ومن أصحابنا من قال يجب القود لأنه محكوم بإسلامه، فأشبه ما قبل البلوغ وهذا خطأ، لأنه يحتمل أن يكون غير راض بالإسلام والقصاص يسقط بالشبهة فسقط، ويخالف ما قبل البلوغ فإن إسلامه قائم قطعاً وبعد البلوغ لا نعلم بقاء الإسلام، فأما من حكم بإسلامه بالدار فإنه قبل البلوغ كالمحكوم بإسلامه بأبويه أو بالسابي فإن بلغ ووصف الكفر فإنه يفزع ويهدد على الكفر احتياطاً فإن أقام على الكفر أقر عليه، ومن أصحابنا من قال هو كالمحكوم بإسلامه بأبويه لأنه محكوم بإسلامه بغيره فصار كالمسلم بأبويه والمنصوص أنه يقر على الكفر لأنه محكوم بإسلامه من جهة الظاهر، ولهذا لو ادعاه ذمي وأقام البينة حكم بكفره.

فصل: وإن بلغ اللقيط وقذفه رجل وادعى أنه عبد، وقال اللقيط بل أنا حر ففيه قولان: أحدهما أن القول قول اللقيط لأن الظاهر من حاله الحرية، والثاني أن القول قول القاذف لأنه يحتمل أن يكون عبداً والأصل براءة ذمة القاذف من الحد، وإن قطع حر طرفه وادعى أنه عبد وقال اللقيط بل أنا حر فالمنصوص أن القول قول اللقيط فمن أصحابنا من قال: فيه قولان كالقذف، ومنهم من قال إن القول قول اللقيط قولاً واحداً وفرق بينه وبين القذف بأن القصاص قد وجب في الظاهر، ووجوب القيمة مشكوك فيه فإذا أسقطنا القصاص انتقلنا من الظاهر إلى الشك فلم يجز، وفي القذف قد وجب الحد في الظاهر، ووجوب التعزير يقين لأنه بعض الحد فإذا أسقطنا الحد انتقلنا من الظاهر إلى اليقين فجاز.

فصل: إذا بلغ اللقيط ووهب وأقبض وباع وابتاع ونكح وأصدق وجنى وجني عليه ثم قامت البينة على رقه كان حكمه في التصرفات كلها حكم العبد القن **يمضي ما يمضي من تصرفه** وينقض ما ينقض من تصرفه فيما يضره ويضر غيره لأنه قد ثبت بالبينة أنه مملوك فكان حكمه حكم المملوك، فإن أقر على نفسه بالرق لرجل فصدقه نظرت، فإن كان قد تقدم منه إقرار بحريته لم يقبل إقراره بالرق لأنه لزمه بإقراره بالحرية أحكام الأحرار في العبادات والمعاملات فلم يقبل إقراره في إسقاطها، وإن لم يتقدم منه إقرار بالحرية ففيه طريقان: من أصحابنا من قال فيه قولان: أحدهما لا يقبل إقراره بالرق لأنه محكوم

قوله: (**يمضي ما يمضي من تصرفه**) أي ينفذ ويحكم به وقد ذكر في الهدى.

بحريته فلم يقبل إقراره بالرق كما لو أقر بالحرية ثم أقر بالرق. والثاني يقبل لأنا حكمنا بحريته في الظاهر وما ثبت بالظاهر يجوز إبطاله بالإقرار ولهذا لو ثبت إسلامه بظاهر الدار وبلغ وأقر بالكفر قبل منه فكذلك ههنا، ومنهم من قال إقراره بالرق قولاً واحداً لما ذكرناه ويكون حكمه في المستقبل حكم الرقيق. فأما تصرفه بعد البلوغ وقبل الحكم برقه فعلى قولين: أحدهما يقال إقراره في جميعه لأن الرق هو الأصل وقد ثبت فوجب أن تثبت أحكامه كما لو ثبت بالبينة. والثاني يقبل فيما يضره ولا يقبل فيما يضر غيره لأن إقراره يتضمن ما يضره ويضر غيره فقبل فيما يضره ولم يقبل فيما يضر غيره كما لو أقر بمال عليه وعلى غيره، وهذا الطريق هو الصحيح وعليه التفريع، فإن باع واشترى، فإن قلنا يقبل إقراره في الجميع وقلنا إن عقود العبد من غير إذن المولى لا تصح كانت عقوده فاسدة، فإن كانت الأعيان باقية وجب ردها وإن كانت تالفة وجب بدلها في ذمته يتبع به إذا عتق، وإن قلنا يقبل فيما يضر ولا يقبل فيما يضر غيره لم يقبل قوله في إفساد العقود ويلزمه أعواضها، فإن كان في يده مال استوفى منه، فإن فضل في يده شيء كان لمولاه، وإن كان اللقيط جارية فزوجها الحاكم ثم أقرت بالرق، فإن قلنا يقبل إقرارها في الجميع فالنكاح باطل لأنه عقد بغير إذن المولى، فإن كان قبل الدخول لم يجب على الزوج شيء، وإن كان بعد الدخول وجب عليه مهر المثل لأنه وطء في نكاح فاسد، وإن أتت بولد فهو حر لأنه دخل على أنه حر وعليه قيمته، ويجب عليها عدة أمه **وهي قرءان**، وإن قلنا لا يقبل فيما يضر غيره لم يبطل النكاح لأن فيه إضراراً بالزوج، ولكنه في حق الزوج في حكم الصحيح وفي حقها في حكم الفاسد، فإن كان قبل الدخول لم يجب لها مهر لأنها لا تدعيه، وإن كان بعد الدخول وجب لها أقل الأمرين من مهر المثل أو المسمى لأنه إن كان المهر أقل لم يجب ما زاد لأن فيه إضراراً بالزوج، وإن أتت منه بولد فهو حر ولا قيمة عليه لأنا لا نقبل قولها فيما يضره ونقول للزوج قد ثبت أن زوجتك أمة، فإن اخترت إمساكها كان ما تلده مملوكاً للسيد لأنك تطؤها على علم أنها أمة، وإن طلقها اعتدت عدة حرة وهو ثلاثة أقراء وله فيها الرجعة لأنا لا نقبل قولها عليه فيما يضره، وإن مات عنها لزمتها عدة أمة وهي شهران وخمس ليال لأن عدة الوفاة تجب لحق الله تعالى لا حق له فيها، ولهذا تجب من غير وطء وقول اللقيط يقبل فيما يسقط حق الله تعالى من العبادات، وإن كان اللقيط غلاماً فتزوج ثم أقر بالرق، فإن قلنا يقبل إقراره في الجمع بطل النكاح من أصله لأنه بغير إذن المولى فإن لم يدخل بها لم يلزمه شيء وإن دخل بها لزمه أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل لأنه إن كان المسمى أقل لم يجب ما زاد لأنها لا

قوله: **(هي قرآن)** ذكر في العدد.

تدعيه، وإن كان مهر المثل أقل لم يجب ما زاد لأن قوله مقبول وإن ضر غيره، وإن قلنا لا يقبل قوله فيما يضر غيره لم يقبل قوله إن النكاح باطل لأنه يضرها ولكن يحكم بانفساخه في الحال لأنه أقر بتحريمها، فإن كان قبل الدخول لزمه نصف المسمى، وإن دخل بها لزمه جميعه لأنه لا يقبل قوله في إسقاط المسمى.

فصل: وإن جنى عمداً على عبد ثم أقر بالرق وجب عليه القصاص على القولين، وإن جنى خطأ وجب الأرش في رقبته على القولين لأن وجوب القصاص ووجوب الأرش في رقبته يضره ولا يضر غيره فقبل قوله فيه، وإن جنى عليه حر عمداً لم يجب القول على الجاني لأن ذلك مما يضره ولا يضر غيره فقبل قوله فيه، وإن جنى عليه خطأ بأن قطع يده فإن الجاني يقر بنصف الدية واللقيط يدعي نصف القيمة، فإن كان نصف القيمة أكثر من نصف الدية وجب نصف القيمة لأن ما زاد عليه لا يدعيه، وإن كان أكثر من نصف الدية فعلى القولين: إن قلنا يقبل قوله في الجميع وجب على الجاني نصف القيمة، وإن قلنا لا يقبل فيما يضره غيره وجب نصف الدية لأن فيما زاد إضراراً بالجاني.

فصل: وإن أقر اللقيط أنه عبد لرجل وكذبه لرجل سقط إقراره كما لو أقر له بدار فكذبه، وإن أقر اللقيط بعد التكذيب بالرق لآخر لم يقبل، وقال أبو العباس: يقبل كما لو أقر لرجل بدار فكذبه ثم أقر بها الآخر، والمذهب الأول لأن بإقراره الأول قد أخبر أنه لم يملكه غيره، فإذا كذبه المقر له رجع إلى الأصل وهو أنه حر فلم يقبل إقراره بالرق بعده، ويخالف الدار لأنه إذا كذبه الأول رجع إلى الأصل وهي مملوكة فقبل الإقرار بها لغيره.

فصل: وإن بلغ اللقيط فادعى عليه رجل أنه عبد فأنكره فالقول قوله لأن الأصل الحرية، وإن طلب المدعي يمينه فهل يحلف؟ يبنى على القولين في إقراره بالرق، فإن قلنا يقبل حلف لأنه ربما خاف من اليمين فأقر له بالرق، وإن قلنا لا يقبل لم يحلف لأن اليمين إنما تعرض ليخاف فيقر ولو أقر لم يقبل فلم يكن في عرض اليمين فائدة وبالله التوفيق.

. . . .

كتاب الوقف

الوقف **قربة مندوب إليها** لما روى عبد اللّه بن عمر أن عمر رضي الله عنه أتى النبيّ ﷺ وكان قد ملك مائة سهم من خيبر فقال: قد أصبت مالاً لم أصب مثله، وقد أردت أن أتقرب به إلى الله تعالى فقال: «**حبس الأصل وسبل الثمرة**»(١).

فصل: ويجوز وقف كل عين ينتفع بها على الدوام كالعقار والحيوان والأثاث والسلاح لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أنه ذكر للنبيّ ﷺ أنه منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس بن عبد المطلب يعني الصدقة، فقال رسول الله ﷺ: «**ما نقم ابن جميل** إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله ورسوله»، فأما خالد فإنكم تظلمون خالداً إن خالداً **قد حبس أدرعه وأعتده** معاً في سبيل الله، ولأنه لما أمر عمر رضي الله عنه بتحبيس الأصل وتسبيل الثمرة دل ذلك على جواز وقف كل ما يبقى وينتفع به، وأما مالا ينتفع به على الدوام كالطعام وما يشم من الريحان وما **تحطم وتكسر من الحيوان**، فلا يجوز وقفه لأنه لا

ومن كتاب الوقف

يقال: وقفت الدار للمساكين أقفها بالتخفيف وأوقفت لغة رديئة معناه منعت أن تباع أو توهب أو تورث ووقف الرجل إذا قام ومنع نفسه من المضي والذهاب. ووقفت أنا ثبت مكاني قائماً وامتنعت من المشيء كله بغير ألف. قال بشر:

ونحن على جوانبها وقوف ... نغض الطرف كالإبل القماح

قوله: (**قربة مندوب إليها**) قد ذكرنا أن القربة ما يتقرب به إلى الله تعالى. من القرب ضد البعد. ومندوب يقال ندبه للشيء فانتدب أي دعاه إلى فعله ففعل. وهو ما يدعى إليه من فعل الخير من غير وجوب قوله: (**حبس الأصل وسبل الثمرة**) الحبس ضد الإطلاق والتخلية أي اجعله محبوساً لا يباع ولا يوهب وسبل الثمرة اجعل لها سبيلاً أي طريقاً لمصرفها. والسبيل الطريق. والأثاث متاع البيت قال الله تعالى: ﴿أثاثاً ومتاعاً إلى حين﴾. قوله: (**ما نقم ابن جميل**) نقم بمعنى عيب. يقال: ما نقمت منه إلا الإحسان. ونقم كره ونقمت الأمر إذا كرهته بالفتح أنقم بالكسر فأنا ناقم. وقال الكسائي: نقمت بالكسر لغة. وقيل أنكر بأنه لم يحل عليه الحول. وقيل: معناه لا عذر له في ذلك. قال الأزهري: يقال نقمت منه كذا وكذا أي بلغت مني الكراهة لفعله منتهاها. قوله: (**قد حبس أدرعه وأعتده**) جمع درع في القلة والكثير دروع. والأعتد جمع عتاد وهو أهبة الحرب من السلاح وغيره وجمعه أعتدة أيضاً. يقال: أخذ للأمر عدته وعتاده أي أهبته وآلته. قوله: (**تحطم وتكسر من الحيوان**) يريد تكسر

---

(١) رواه البخاري في كتاب الشروط باب ١٩. مسلم في كتاب الوصاية حديث ١٥. أبو داود في كتاب الوصايا باب ١٣. الترمذي في كتاب الأحكام باب ٣٦. النسائي في كتاب الأحباس باب ٢.

يمكن الإنتفاع به على الدوام، ويجوز وقف الصغير من الرقيق والحيوان لأنه يرجى الإنتفاع به على الدوام ولا يجوز وقف الحمل لأنه تمليك منجز فلم يصح في الحمل وحده كالبيع.

فصل: واختلف أصحابنا في الدراهم والدنانير فمن أجاز إجارتها أجاز وقفها، ومن لم يجز إجارتها لم يجز وقفها، واختلفوا في الكلب فمنهم من قال: لا يجوز وقفه لأن الوقف تمليك والكلب لا يملك، ومنهم من قال: يجوز الوقف لأن القصد من الوقف المنفعة وفي الكلب منفعة، فجاز وقفه. واختلفوا في أم الولد فمنهم من قال: يجوز وقفها ولأنه ينتفع بها على الدوام فهي كالأمة القنة، ومنهم من قال: لا يجوز لأنها لا تملك.

فصل: ولا يصح الوقف إلا في عين معينة فإن وقف عبداً غير معين أو فرساً غير معين فالوقف باطل لأنه إزالة ملك على وجه القربة فلم يصح في عين في الذمة كالعتق والصدقة.

فصل: وما جاز وقفه جاز وقف جزء منه **مشاع** لأن عمررضي الله عنه وقف مائة سهم من خيبر بإذن رسول الله ﷺ لأن القصد بالوقف حبس الأصل وتسبيل المنفعة والمشاع كالمقسوم في ذلك، ويجوز وقف علو الدار دون سفلها وسفلها دون علوها لأنهما عينان يجوز وقفهما فجاز وقف أحدهما دون الآخر كالعبدين.

فصل: ولا يصح الوقف **إلا على بر ومعروف كالقناطر** والمساجد والفقراء والأقارب، فإن وقف على ما لا قربة فيه كالبيع والكنائس وكتب التوراة والإنجيل وعلى من يقطع الطريق أو يرتد عن الدين لم يصح لأن القصد بالوقف القربة وفيما ذكرناه إعانة على المعصية، وإن وقف على ذمي جاز لأنه في موضع القربة ولهذا يجوز التصدق عليه

بترد أو غيره. فأما من الكبر، فيقال: حطم يحطم فهو حطم. قوله: **(مشاعاً)** أي مشتركاً غير مقسوم. ويقال: سهم شائع وشاع أيضاً كما يقال سائر الشيء وسار. والبيع مساجد النصارى الواحدة بيعة. والكنائس مساجد اليهود الواحدة كنيسة والإنجيل كتاب عيسى عليه السلام يذكر ويؤنث على معنى الكتاب والصحيفة واشتقاقه من نجل إذا استخرج. وبئر رومة بغير همز مضافة إلى امرأة من اليهود باعتها إلى عثمان رضي الله عنه. قوله: **(ينقرض)** انقرضوا أي انقطعوا من القرض وهو القطع. والمقراض الجلم كأنه يقطع به. وملك منجز أي معجل من أنجز وعده ونجز حاجته إذا قضاها وعجلها ولم يتأن بها. قوله: **(إلا على بر ومعروف)** هما فعل الخير والإحسان وأصله بر والده إذا رفق به وأحسن إليه. والعرف والمعروف ضد النكر والمنكر يقال: أولاه عرفاً ومعروفاً. وقال ابن عرفة: المعروف ما عرف من طاعة الله والمنكر ما خرج منها وهو ما يوجبه الدين والملة. قوله: **(القناطر)** جمع قنطرة وهي الطريق فوق الماء. وهي الجسر أيضاً.

فجاز الوقف عليه، وفي الوقف على المرتد والحربي وجهان: أحدهما يجوز لأنه يجوز تمليكه فجاز الوقف عليه كالذمي. والثاني لا يجوز لأن القصد بالوقف نفع الموقوف عليه والمرتد والحربي مأمور بقتلهما فلا معنى للوقف عليهما، وإن وقف على دابة رجل ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأن مؤمنتها على صاحبها. والثاني يجوز لأنه كالوقف على مالكها.

فصل: ولا يجوز أن يقف على نفسه ولا أن يشرط لنفسه منه شيئاً. وقال أبو عبد الله الزبيدي: يجوز لأن عثمان رضي الله عنه وقف بئر رومة وقال دلوي كدلاء المسلمين وهذا خطأ، لأن الوقف يقتضي حبس العين وتمليك المنفعة، والعين محبوسة عليه ومنفعتها مملوكة له فلم يكن للوقف معنى، ويخالف وقف عثمان رضي الله عنه لأن ذلك وقف عام، ويجوز أن يدخل في العام ما لا يدخل في الخاص والدليل عليه أن رسول الله ﷺ كان يصلي في المساجد وهي وقف على المسلمين، وإن كان لا يجوز أن يخص بالصدقة، ولأن في الوقف العام يدخل فيه من غير شرط ولا يدخل في الوقف الخاص فدل على الفرق بينهما.

فصل: ولا يجوز الوقف على من لا يملك كالعبد والحمل لأنه تمليك منجز، فلم يصح على من لا يملك كالهبة والصدقة.

فصل: ولا يصح الوقف على مجهول كالوقف على رجل غير معين والوقف على من يختاره فلان لأنه تمليك منجز فلم يصح في مجهول كالبيع والهبة.

فصل: ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع، ولا يصح بشرط الخيار وبشرط أن يرجع فيه إذا شاء أو يبيعه إذا احتاج أو يدخل فيه من شاء أو يخرج منه من شاء لأنه إخراج مال على وجه القربة فلم يصح مع هذه الشروط كالصدقة.

فصل: ولا يجوز إلى مدة لأنه إخراج مال على وجه القربة فلم يجز إلى مدة كالعتق والصدقة.

فصل: ولا يجوز إلا على سبيل لا ينقطع وذلك من وجهين: أحدهما أن يقف على من لا ينقرض كالفقراء والمجاهدين وطلبة العلم وما أشبهها. والثاني أن يقف على من ينقرض ثم من بعده على من لا ينقرض مثل أن يقف على رجل بعينه ثم على الفقراء أو على رجل ثم على عقبه ثم على الفقراء، فأما إذا وقف وقفاً منقطع الإبتداء والإنتهاء كالوقف على عبده أو على ولده ولا ولد له فالوقف باطل لأن العبد لا يملك، والولد

. . . .

الذي لم يخلق لا يملك فلا يفيد الوقف عليها شيئاً، وإن وقف وقفاً متصل الإبتداء منقطع الإنتهاء بأن وقف على رجل بعينه ولم يزد عليه أو على رجل بعينه ثم على عقبه ولم يزد عليه ففيه قولان: أحدهما أن الوقف باطل لأن القصد بالوقف أن يتصل الثواب على الدوام وهذا لا يوجد في هذا الوقف لأنه قد يموت الرجل وينقطع عقبه. والثاني أنه يصح ويصرف بعد انقراض الموقوف عليه إلى أقرب الناس إلى الواقف لأن مقتضى الوقف الثواب على التأبيد فحمل فيما سماه على ما شرطه، وفيما سكت عنه على مقتضاه ويصير كأنه وقف مؤبد. ويقدم المسمى على غيره، فإذا انقرض المسمى صرف إلى أقرب الناس إلى الواقف لأنه من أعظم جهات الثواب والدليل عليه قول النبي ﷺ أنه قال: «لا صدقة وذو رحم محتاج». وروى سليمان بن عامر عن النبيّ ﷺ قال: «صدقتك على المساكين صدقة وعلى ذي الرحم اثنتان صدقة وصلة»[1] وهل يختص به فقراؤهم أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء؟ فيه قولان: أحدهما يختص به الفقراء لأن مصرف الصدقات إلى الفقراء. والثاني يشترك فيه الفقراء والأغنياء لأن في الوقف الغني والفقير سواء. وإن وقف وقفاًمنقطع الإبتداء متصل الإنتهاء بأن وقف على عبد ثم على الفقراء أو على رجل غير معين ثم على الفقراء ففيه طريقان: من أصحابنا من قال: يبطل قولاً واحداً لأن الأول باطل والثاني فرع الأصل باطل فكان باطلاً، ومنهم من قال فيه قولان: أحدهما أنه باطل لما ذكرناه. والثاني أنه يصح لأنه لما بطل الأول صار كأن لم يكن وصار الثاني أصلاً فإذا قلنا إنه يصح فإن كان الأول لا يمكن اعتبار انقراضه كرجل غير معين صرف إلى من بعده وهم الفقراء لأنه لا يمكن اعتبار انقراضه فسقط حكمه، وإن كان يمكن اعتبار انقراضه كالعبد ففيه ثلاثة أوجه أحدها: ينقل في الحال إلى من بعده لأن الذي وقف عليه في الابتداء لم يصح الوقف عليه فصار كالمعدوم. والثاني وهو المنصوص أنه للواقف ثم لوارثه إلى أن ينقرض الموقوف عليه ثم يجعل لمن بعده لأنه لم يوجد شرط الانتقال إلى الفقراء فبقي على ملكه. والثالث أنه يكون لأقرباء الواقف إلى أن ينقرض الموقوف عليه ثم يجعل للفقراء لأنه لا يمكن تركه على الواقف لأنه أزال الملك فيه، ولا يمكن أن يجعل للفقراء لأنه لم يوجد شرط الإنتقال إليهم فكان أقرباء الواقف أحق، وهل يختص به فقراؤهم أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء على ما ذكرناه من القولين.

. . . .

---

(١) رواه النسائي في كتاب الزكاة باب ٨٢. الترمذي في كتاب الزكاة باب ٢٦. الدارمي في كتاب الزكاة باب ٣٨. أحمد في مسنده (٣/ ٤٠٢).

فصل: وإن وقف وقفاً مطلقاً ولم يذكر سبيله ففيه قولان: أحدهما أن الوقف باطل لأنه تمليك فلا يصح مطلقاً كما لو قال بعت داري ووهبت مالي. والثاني يصح وهو الصحيح لأنه إزالة ملك على وجه القربة فصح مطلقاً كالأضحية، فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل الإبتداء المنقطع الإنتهاء وقد بيناه.

فصل: ولا يصح الوقف إلا بالقول فإن بنى مسجداً وصلى فيه أو أذن للناس بالصلاة فيه لم يصر وقفاً لأنه إزالة ملك على وجه القربة فلم يصح من غير قول مع القدرة كالعتق وألفاظه ستة: **وقفت وحبست وسبلت وتصدقت وأبدت وحرمت**. فأما الوقف والحبس والتسبيل فهي صريحة فيه لأن الوقف موضوع له ومعروف به والتحبيس والتسبيل ثبت لهما عرف الشرع فإن النبي ﷺ قال لعمر رضي الله عنه «حبس الأصل وسبل الثمرة» وأما التصدق فهو كناية فيه لأنه مشترك بين الوقف وصدقة التطوع فلم يصح الوقف بمجرده، فإن اقترنت به نية الواقف أو لفظ من الألفاظ الخمسة بأن يقول تصدقت به صدقة موقوفة أو محبوسة أو مسبلة أو مؤبدة أو محرمة أو حكم الوقف بأن يقول صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث صار وقفاً لأنه مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف، وأما قوله حرمت وأبدت ففيه وجهان: أحدهما أنه كناية فلا يصح به الوقف إلا بإحدى القرائن التي ذكرنا لأنه لم يثبت له عرف الشرع ولا عرف اللغة فلم يصح الوقف بمجرده كالتصدق. والثاني أنه صريح لأن التأبيد والتحريم في غير الأبضاع لا يكون إلا بالوقف فحمل عليه.

فصل: وإذا صح الوقف لزم وانقطع تصرف الواقف فيه لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبيّ ﷺ قال لعمر رضي الله عنه: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها»[1] لا تباع ولا توهب ولا تورث ويزول ملكه عن العين ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر أنه لا يزول ملكه عن العين، لأن الوقف حبس العين وتسبيل المنفعة وذلك لا يوجب زوال الملك والصحيح هو الأول لأنه سبب يزيل ملكه عن التصرف في العين والمنفعة فأزال الملك كالعتق. واختلف أصحابنا فيمن ينتقل الملك إليه فمنهم من قال: ينتقل إلى الله تعالى قولاً واحداً لأنه حبس عين وتسبيل منفعة على وجه القربة أزال الملك إلى الله تعالى كالعتق، ومنهم من قال فيه قولان: أحدهما أنه ينتقل إلى الله تعالى وهو الصحيح لما ذكرناه. والثاني أنه ينتقل إلى الموقوف عليه لأن ما أزال الملك عن العين لم يزل المالية ينقل إلى الآدمي كالصدقة.

قوله: **(وقفت وحبست وسبلت وتصدقت وأبدت وحرمت)** معنى وقفت منعت بيعه وهبته من الرجل الواقف الذي امتنع من الذهاب والمجيء وبقى قائماً. وحبست مأخوذ من

---

(١) تقدم.

فصل: ويملك الموقوف عليه غلة الوقف، فإن كان الموقوف شجرة ملك ثمرتها وتجب عليه زكاتها لأنه يملكها ملكاً تاماً فوجب زكاتها عليه، فإن كان حيواناً ملك صوفه ولبنه لأن ذلك من غلة الوقف وفوائده فهو كالثمرة. وهل يملك ما تلده فيه وجهان: أحدهما يملكه لأنه نماء الوقف فأشبه الثمرة وكسب العبد. والثاني أنه موقوف كالأم لأن كل حكم ثبت للأم يتبعها فيه الولد كحرمة الاستيلاد في أم الولد، وإن كان جارية ملك مهرها لأنه بدل منفعتها ولا يملك وطأها لأن في أحد القولين لا يملكها وفي الثاني يملكها ملكاً ضعيفاً فلم يملك به الوطء، فإن وطئها لم يلزمه الحد لأنه في أحد القولين يملكها وفي الثاني له شبهة ملك وفي تزويجها وجهان: أحدهما لا يجوز لأنه ينقص قيمتها وربما تلفت من الولاد فيدخل الضرر على من بعده من أهل الوقف. والثاني يجوز لأنه عقد على منفعتها فأشبه الإجارة. فإن قلنا إنها للموقوف عليه كان تزويجها إليه، وإن قلنا إنها تنتقل إلى الله تعالى كان تزويجها إلى الحاكم كالحرة التي لا ولي لها ولا يزوجها الحاكم إلا بإذن الموقوف عليه لأن له حقاً في منفعتها فلم يملك التصرف فيها بغير إذنه، فإن أتت بولد مملوك كان الحكم فيه كالحكم فيما تلد البهيمة.

فصل: وإن أتلفه الواقف أو أجنبي فقد اختلف أصحابنا فيه على طريقين: فمنهم من قال يبني على القولين فإن قلنا إنه للموقوف عليه وجبت القيمة له لأنه بدل ملكه، وإن قلنا إنه لله تعالى اشترى به مثله ليكون وقفاً مكانه. وقال الشيخ أبو حامد الإسفرايني: يشتري بها مثله ليكون وقفاً مكانه قولاً واحداً لأنا وإن قلنا إنه ينتقل إلى الموقوف عليه إلا أنه لا يملك الإنتفاع برقبته وإنما يملك الإنتفاع بمنفعته ولأن في ذلك إبطال حق البطن الثاني من الوقف، وإن أتلفه الموقوف عليه فإن قلنا إنه إذا أتلفه غيره كانت القيمة له لم تجب عليه لأنها تجب له وإن قلنا يشتري بها ما يكون وقفاً مكانه أخذت القيمة منه واشترى بها ما يكون مكانه. وإن كان الوقف جارية فوطئها رجل بشبهة فأتت منه بولد ففي قيمة الولد ما ذكرناه من الطريقين في قيمة الوقف إذا أتلف، وإن كان الوقف عبداً فجنى جناية توجب المال لم يتعلق برقبته لأنها ليست بمحل للبيع. فإن قلنا إنه للموقوف عليه وجب الضمان عليه، وإن قلنا إنه لله تعالى ففيه ثلاثة أوجه. أحدها يلزم الواقف وهو قول أبي إسحاق وهو الصحيح لأنه منع من بيعه ولم يبلغ به حالة يتعلق الأرش بذمته فلزمه أن يفديه كأم الولد. والثاني أنه يجب في بيت المال لأنه لا يمكن إيجابه على الواقف لأنه لا يملكه ولا على الموقوف عليه لأنه لا يملكه فلم يبق إلا بيت المال.

الحبس ضد الإطلاق. وتصدقت أصله من الصدق الذي هو ضد الكذب كأنه يخرجها مصدقاً بما وعد من الثواب. وسبلت معناه جعلت له سبيلاً أي طريقاً إلى من يملك منفعته. وأبدت

والثالث أنه يجب في كسبه لأنه كان محله الرقبة ولا يمكن تعليقه عليها فتعلق بكسبه لأنه مستفاد من الرقبة، ويجب أقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية لأنه لا يمكن بيعه كأم الولد.

فصل: وتصرف الغلة على شرط الواقف من **الأثرة والتسوية والتفضيل والتقديم والتأخير** والجمع والترتيب وإدخال **من شاء بصفة وإخراجه بصفة** لأن الصحابة رضي الله عنهم وقفوا وكتبوا شروطهم فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه صدقة **للسائل والمحروم** والضيف ولذي القربى وابن السبيل وفي سبيل الله وكتب علي كرم الله وجهه بصدقته ابتغاء مرضاة الله **ليولجني** الجنة ويصرف النار عن وجهي ويصرفني عن النار في سبيل الله وذي الرحم والقريب والبعيد لا يباع ولا يورث، وكتبت فاطمة رضي الله عنها بنت رسول الله ﷺ لنساء رسول الله ﷺ وفقراء بني هاشم وبني المطلب.

فصل: فإن قال وقفت على أولادي دخل فيه الذكر والأنثى والخنثى لأن الجميع أولاده، ولا يدخل فيه ولد الولد لأن ولده حقيقة ولده من صلبه، فإن كان له حمل لم يدخل فيه حتى ينفصل فإذا انفصل استحق ما يحدث من الغلة بعد الانفصال دون ما كان

جعلتها مؤبدة من الأبد وهو الدهر. وحرمت أي حرمت بيعها وهبتها وإرثها. قوله: (**من الأثرة والتسوية والتفضيل والتقديم والتأخير وإخراج من شاء بصفة ورده إليه بصفة**) الأثرة أن يخص قوماً دون قوم مثل أن يقف على أولاده فيخص الذكور دون الإناث أو الإناث دون الذكور، وأما التقديم فأن يقدم قوماً دون قوم، وذلك يحصل من وجهين أحدهما: أن يفاضل بينهم مثل أن يقول: وقفت على أولادي للذكر مثل حظ الأنثيين أو على أن للأنثى الثلثين، والذكر الثلث. والثاني أن يقول على أن البطن الأعلى يقدم على البطن الثاني، وأما التسوية فأن يسوي بين الغني والفقير أو بين الذكور والإناث والإطلاق يقتضي ذلك. وأما إخراج من شاء بصفة فمثل أن يقول وقفت على أولادي على أن من تزوجت من بناتي فلا حق لها أو على أن من استغنى من أولادي فلا حق له فيه. وأما رده إليها بصفة فمثل أن يقول على أن من تزوجت من بناتي فلا حق لها فيه فإن طلقت أو مات عنها عادت إلى الوقف فكل ذلك جائز. وأما الجمع فالعطف بالواو والترتيب العطف بثم أو إلى، والتأخير والتقديم أيضاً مثل أن يقول: على أولادي وأولاد أولادي على أن يعطي أولادي منه كذا فما بقى فلأولاد أولادي أو يقفه على المسجد والفقراء على أن يبدأ بالمسجد وما فضل على الفقراء. قوله: (**للسائل والمحروم**) أي الممنوع الرزق. وقال ابن عباس وهو المحارف الذي انحرف عنه رزقه.

قوله: (**ليولجني**) أي يدخلني. في سبيل الله الجهاد. وابن السبيل المسافر وأصله كله الطريق وقد ذكر في الزكاة. والتعصيب والعصبة مشتق من العصابة التي تحيط بالرأس؛

حدث قبل الانفصال لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولداً، وإن وقف على ولده وله ولد فنفاه باللعان لم يدخل فيه، وقال أبو إسحاق: يدخل فيه لأن اللعان يسقط النسب في حق الزوج ولا يتعلق به حكم سواه، ولهذا تنقضي به العدة والمذهب الأول لأن الوقف على ولده باللعان قد بان أنه ليس بولده فلم يدخل فيه، وإن وقف على أولاد أولاده دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات لأن الجميع أولاد أولاده، فإن قال على نسلي أو عقبي أو ذريتي دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات قربوا أو بعدوا لأن الجميع من نسله وعقبه وذريته، ولهذا قال الله تعالى ﴿ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف وموسى وهارون، وكذلك نجزي المحسنين وزكريا ويحيى وعيسى﴾ [الأنعام: ٨٤] فجعل هؤلاء كلهم من ذريته على البعد وجعل عيسى من ذريته وهو ينسب إليه بالأم، فإن وقف على عترته فقد قال ابن الأعرابي وثعلب هم ذريته، وقال القتيبي هم عشيرته، وإن وقف على من ينسب إليه لم يدخل فيه أولاد البنات لأنهم لا ينسبون إليه ولهذا قال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأجانب

وإن وقف على البنين لم يدخل فيه الخنثى المشكل لأنا لا نعلم أنه من البنين، فإن وقف على البنات لم يدخل فيه لأنا لا نعلم أنه من البنات، فإن وقف على البنين والبنات ففيه وجهان: أحدهما أنه لا يدخل فيه لأنه ليس من البنين ولا من البنات، والثاني أنه يدخل لأنه لا يخلو من أن يكون ابناً أو بنتاً، وإن شكل علينا فإن وقف على بني زيد لم يدخل فيه بناته، فإن وقف على بني تميم وقلنا إن الوقف صحيح ففيه وجهان: أحدهما لا يدخل فيه البنات لأن البنين اسم للذكور حقيقة. والثاني يدخلن فيه لأنه إذا أطلق اسم القبيلة دخل فيه كل من ينسب إليها من الرجال والنساء.

فصل: وإن قال وقفت على أولادي فإن انقرض أولادي وأولاد أولادي فعلى الفقراء لم يدخل فيه ولد الولد، ويكون هذا وقفاً منقطع الوسط فيكون على قولين كالوقف المنقطع الانتهاء. ومن أصحابنا من قال يدخل فيه أولاد الأولاد بعد انقراض ولد الصلب لأنه لما شرط انقراضهم دل على أنهم يستحقون كولد الصلب، والصحيح هو الأول لأنه لم يشرط شيئاً وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم.

فصل: وإن وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته، فإن كان للواقف أب يعرف به وينسب إليه دخل في وقفه كل من ينسب إلى ذلك الأب ولا يدخل فيه من ينسب إلى أخي الأب أو أبيه، فإن وقف الشافعي رحمه الله لأقاربه دخل فيه كل من

وسموا عصبة لأنهم تعصبوا أي أحاطوا به فالأب طرف والابن طرف والأخ جانب والعم جانب.

ينسب إلى شافع بن السائب لأنهم يعرفون بقرابته، ولا يدخل فيه من ينسب إلى علي وعباس بن السائب، ولا من ينسب إلى السائب لأنهم لا يعرفون بقرابته ويستوي فيه من قرب وبعد من أقاربه، ويستوي فيه الذكر والأنثى لتساوي الجميع في القرابة، فإن حدث قريب بعد الوقف دخل فيه، وذكر البويطي أنه لا يدخل فيه وهذا غلط من البويطي لأنه لا خلاف أنه إذا وقف على أولاده دخل فيه من يحدث من أولاده.

فصل: وإن وقف على أقرب الناس إليه ولم يكن له أبوان صرف إلى الولد ذكراً كان أو أنثى لأنه أقرب من غيره لأنه جزء منه، فإن لم يكن له ولد فإلى ولد الولد من البنين والبنات فإن لم يكن ولد ولا ولد ولد وله أحد الأبوين صرف إليه لأنهما أقرب من غيرهما. فإن اجتمعا استويا، فإن لم يكن صرف إلى أبيهما الأقرب فالأقرب فإن كان له أب وابن ففيه وجهان: أحدهما أنهما سواء لأنهما في درجة واحدة في القرب، والثاني يقدم الابن لأنه أقوى تعصيباً من الأب. فإن قلنا إنهما سواء قدم الأب على ابن الابن لأنه أقرب منه. وإن قلنا يقدم الابن قدم ابن الابن على الأب لأنه أقوى تعصيباً منه، فإن لم يكن أبوان ولا ولد وله إخوة صرف إليهم لأنهم أقرب من غيرهم. فإن اجتمع أخ من أب وأخ من أم استويا، وإن كان أحدهما من الأب والأم والآخر من أحدهما قدم الذي من الأب والأم لأنه أقرب، فإن لم يكن إخوة صرف إلى بني الإخوة على ترتيب آبائهم، فإن كان له جد وأخ ففيه قولان: أحدهما أنهما سواء لتساويهما في القرب ولهذا سوينا بينها في الإرث. والثاني يقدم الأخ لأن تعصيبه تعصيب الأولاد فإذا قلنا إنهما سواء قدم الجد على ابن الأخ، وإن قلنا يقدم الأخ فابن الأخ وإن سفل أولى من الجد، فإن لم يكن إخوة، وله أعمام صرف إليهم ثم إلى أولادهم على ترتيب الإخوة وأولادهم، فإن كان له عم وأبو جد فعلى القولين في الجد والأخ، وإن كان له عم وخال أو عمة وخالة أو ولدهما فهما سواء فإن كان له جدتان إحداهما تدلي بقرابتين، والأخرى بقرابة فالتي تدلي بقرابتين أولى لأنها أقرب ومن أصحابنا من قال إن قلنا إن السدس بينهما في الميراث استويا في الوقف.

فصل: وإن وقف على جماعة من أقرب الناس إليه صرف إلى ثلاثة من أقرب الأقارب، فإن وجد بعض الثلاثة في درجة والباقي في درجة أبعد استوفى ما أمكن من العدد من الأقرب وتمم الباقي من الدرجة الأبعد لأنه شرط الأقرب والعدد فوجب اعتبارهما.

فصل: وإن وقف على مواليه وله مولى من أعلى ومولى من أسفل ففيه ثلاثة أوجه:

. . . .

أحدها يصرف إليهما لأن الاسم يتناولهما. والثاني يصرف إلى المولى من أعلى لأن له مزية بالعتق والتعصيب. والثالث أن الوقف باطل لأنه ليس حمله على أحدهما بأولى من حمله على الآخر، ولا يجوز الحمل عليهما لأن المولى في أحدهما بمعنى، وفي الآخر بمعنى آخر فلا تصح إرادتهما بلفظ واحد فبطل.

فصل: وإن وقف على زيد وعمرو وبكر ثم على الفقراء، فمات زيد صرف إلى من بقي من أهل الوقف، فإذا انقرضوا صرف إلى الفقراء، وقال أبو علي الطبري: يرجع إلى الفقراء لأنه لما جعل لهم إذا انقرضوا وجب أن تكون حصة كل واحد منهم لهم إذا انقرض، والمنصوص في حرملة هو الأول لأنه لا يمكن نقله إلى الفقراء لأنه قبل انقراضهم لم يوجد شرط النقل إلى الفقراء، ولا يمكن رده إلى الواقف لأنه أزال ملكه عنه فكان أهل الوقف أحق به.

فصل: وإن وقف مسجداً فخرب المكان وانقطعت الصلاة فيه لم يعد إلى الملك ولم يجز له التصرف فيه لأن ما زال الملك فيه لحق الله تعالى لا يعود إلى الملك بالاختلال كما لو أعتق عبداً ثم زمن، وإن وقف نخلة فجفت أو بهيمة فزمنت أو جذوعاً على مسجد فتكسرت ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز بيعه لما ذكرناه في المسجد. والثاني يجوز بيعه لأنه لا يرجى منفعته فكان بيعه أولى من تركه بخلاف المسجد، فإن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه وقد يعمر الموضع فيصلى فيه، فإن قلنا تباع كان الحكم في ثمنه حكم القيمة التي توجد من متلف الوقف وقد بيناه، وإن وقف شيئاً على ثغر فبطل الثغر كطرسوس أو على مسجد **فاختل** المكان **حفظ الارتفاع** ولا يصرف إلى غيره لجواز أن يرجع كما كان.

فصل: وإن احتاج الوقف إلى نفق أنفق عليه من حيث شرط الواقف لأنه لما عتبر شرطه في سبيله اعتبر شرطه في نفقته كالمالك في أمواله، وإن لم يشترط أنفق عليه من غلته لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا بالنفقة فحمل الوقف عليه، وإن لم يكن له غلة فهو على القولين، إن قلنا إنه لله تعالى كانت نفقته في بيت المال كالحر المعسر الذي لا كسب له، وإن قلنا للموقوف عليه كانت نفقته عليه.

فصل: والنظر في الوقف إلى من شرطه الواقف لأن الصحابة رضي الله عنهم وقفوا وشرطوا من ينظر فجعل عمر رضي الله عنه إلى حفصة رضي الله عنها، وإذا توفيت فإنه **إلى ذوي الرأي من أهلها**، ولأن سبيله إلى شرطه فكان النظر إلى من شرطه، وإن وقف

قوله: **(ثغر)** هو الموضع يظهر منه العدو ويأتي منه قوله: **(فاختل)** الخلل والاختلال الفساد في الأمر قوله: **(حفظ الارتفاع)** هو غلة الوقف قوله: **(فإلى ذوي الرأي من أهلها)** أراد من أهل الصدقة.

ولـم يشرط الناظر ففيه ثلاثة أوجه: أحدها أنه إلى الواقف لأنه كان النظر إليه فإذا لم يشرطه بقي على نظره. والثاني أنه للموقوف عليه لأن الغلة له فكان النظر إليه. والثالث إلى الحاكم لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه وحق من ينتقل إليه فكان الحاكم أولى، فإن جعل الواقف النظر إلى اثنين من أفاضل ولده ولم يوجد فيهم فاضل إلا واحد ضم الحاكم إليه آخر لأن الواقف لم يرض فيه بنظر واحد.

فصل: إذا اختلف أرباب الوقف في شروط الوقف وسبيله ولا بينة جعل بينهم بالسوية، فإن كان الواقف حياً رجع إلى قوله لأنه ثبت بقوله فرجع إليه.

. . . .

كتاب الهبات

الهبة مندوب إليها لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «تهادوا تحابوا» وللأقارب أفضل لما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «الراحمون يرحمهم الله ارحموا من في الأرض يرحمكم من في السماء». «الرحم شجنة من الرحمن فمن وصلها وصله الله» ومن قطعها قطعه الله وفي الهبة صلة الرحم والمستحب أن لا يفضل بعض أولاده على بعض في الهبة لما روى النعمان بن بشير قال: أعطاني أبي عطية فأتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إني أعطيت ابني عطية وإن أمه قالت لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: «فهل أعطيت كل ولدك مثل ذلك» قال: لا. قال رسول الله ﷺ: «اتقوا الله **واعدلوا بين أولادكم** أليس يسرك أن يكونوا في البر سواء» قال: بلى. قال: «فلا إذا» قال الشافعي رحمه الله: ولأنه يقع في نفس المفضول ما يمنعه من بره، ولأن الأقارب **ينفس بعضها بعضاً مالا ينفس العدى**، فإن فضل بعضهم بعطية صحت العطية لما روي في حديث النعمان أن النبي ﷺ قال: «أشهد على هذا غيري» فلو لم يصح لبين له ولم يأمره أن يشهد عليه غيره، ولا يستنكف أن يهب القليل، ولا أن يتهب القليل لما روى أبو هريرة. قال: قال رسول الله ﷺ: «**لو دعيت إلى كراع لأجبت**، ولو أهدي إلى كراع أو ذراع لقبلت».

فصل: وما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته لأنه عقد يقصد به ملك العين فملك به ما يملك بالبيع وما جاز هبته جاز هبة جزء منه مشاع لما روى عمر بن سلمة الضمري أن رسول الله ﷺ خرج من المدينة حتى أتى الروحاء، **فإذا حمار عقير** فقيل يا رسول الله هذا

ومن كتاب الهبات

الرحم شجنة الرحم أصله رحم الأنثى ثم نقل إلى القرابة لأنهم سببها يقال رحم ورحم مثل كبد وكبد؛ وشجنة قال أبو عبيد بمعنى مشتبكة كاشتباك العروق ومنه قولهم الحديث ذو شجون إنما هو يمسك بعضه ببعض، وفيه لغتان شجنة وشجة قوله: (**اعدلوا بين أولادكم**) أي سووا بينهم وهو ها هنا بمعنى الاستقامة قوله: (**ينفس بعضهم بعضاً مالا ينفس العدى**) ينفس يحسد يقال نفست على أي حسدت والعدى بالكسر الأجانب وبالضم الأعداء ويكسر قال الشاعر:

إذا كنت في قوم عدت لست منهم   فكل ما علفت من خبيث وطيب

قوله: (**لو دعيت إلى كراع لأجبت**) الكراع في الغنم والبقر بمنزلة الوظيف في الفرس والبعير وهو مستدق الساق يذكر ويؤنث والجمع أكرع وفي المثل أعطى العبد كراء فطلب ذراعاً اليد وهو أفضل من الكراع، وكان النبي ﷺ يحب أكله ولهذا سم فيه قوله: (**فإذا حمار عقير**) أي معقور فعيل بمعنى مفعول فشأنكم أي اعملوا فيه برأيكم وأمركم والشأن الأمر والرفاق جمع رفقة وهم الجماعات يصطحبون في السفر.

حمار عقير، فقال: «دعوه فإنه سيطلبه صاحبه» فجاء رجل من فهر فقال: يا رسول الله إني أصبت هذا فشأنكم به فأمر النبي ﷺ أبا بكر يقسم لحمه بين الرفاق، ولأن القصد منه التمليك والمشاع كالمقسوم في ذلك.

فصل: وما لا يجوز بيعه من المجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض لا تجوز هبته لأنه عقد يقصد به تمليك المال في حال الحياة فلم يجز فيما ذكرناه كالبيع.

فصل: ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع.

فصل: ولا تصح إلا بالإيجاب والقبول لأنه تمليك آدمي فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع والنكاح ولا يصح القبول إلا على الفور، وقال أبو العباس يصح على التراخي والصحيح هو الأول لأنه تمليك مال في حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع.

فصل: ولا يملك الموهوب منه الهبة من غير قبض لما روت عائشة رضي الله عنها أن أباها **نحلها جذاذ عشرين وسقاً** من ماله فلما حضرته الوفاة قال: يا بنية إن أحب الناس غنى بعدي لأنت، وإن أعز الناس علي فقراً بعدي لأنت، وإني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً من مالي ووددت أنك جذذته **وحزته** وإنما هو اليوم مال الوارث، وإنما هما أخواك وأختاك قالت: هذان أخواي فمن أختاي قال: **ذو بطن بنت خارجة**، فإني أظنها جارية، فإن مات قبل القبض قام وارثه إن شاء قبض، وإن شاء لم يقبض. ومن أصحابنا من قال: يبطل العقد بالموت لأنه غير لازم فبطل بالموت كالعقود الجائزة، والمنصوص أنه لا يبطل لأنه عقد يئول إلى اللزوم فلم يبطل بالموت كالبيع بشرط الخيار، فإذا قبض ملك بالقبض. ومن أصحابنا من قال يتبين أنه تلك بالعقد، فإن حدث منه نماء قبل القبض كان للموهوب له لأن الشافعي رضي الله عنه قال فيمن وهب له عبد قبل أن يهل عليه هلال شوال وقبض بعدما أهل إن فطرة العبد على الموهوب له والمذهب الأول، وما قال في زكاة الفطر فرعه على قول مالك رحمه الله.

قوله: (**نحلها جذاذ عشرين وسقا**) معنى نحلها أعطاها. والنحلة العطية. وجذاذ عشرين وسقا معناه ما يأتي حين يجذ عشرين وسقا والوسق ستون صاعاً وقد ذكر قوله: (**حزته**) أي قبضته ولو قال حزتيه لكان جائزاً والأول أفصح ذكره الأزهري قوله: (**ذو بطن بنت خارجة**) ذو ههنا بمعنى الذي في لغة طيء يقولون أنا ذو فعلت أي الذي فعلت قال شاعرهم:

فإن الماء ماء أبي وجدي وبئري ذو حفرت وذو طويت

وهي بنت خارجة بن أبي هريرة تزوجها بالسنج في بني الحارث من الخزرج. والسنج

فصل: فإن وهب لغير الولد وولد الولد شيئاً وأقبضه لم يملك الرجوع فيه لما روى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما رفعاه إلى النبي ﷺ لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما أعطى ولده. وإن وهب للولد أو ولد الولد وإن سفل جاز له أن يرجع للخبر ولأن الأب لا يتهم في رجوعه لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو لإصلاح الولد، وإن تصدق عليه فالمنصوص أن له أن يرجع كالهبة ومن أصحابنا من قال لا يرجع لأن القصد بالصدقة طلب الثواب وإصلاح حاله مع الله عز وجل فلا يجوز أن يتغير رأيه في ذلك والقصد من الهبة إصلاح حال الولد وربما كان الصلاح في استرجاعه فجاز له الرجوع. وإن تداعى رجلان نسب مولود ووهبا له مالاً لم يجز لواحد منهما أن يرجع لأنه لم يثبت له بنوته فإن لحق بأحدهما ففيه وجهان: أحدهما أنه يجوز لأنه ثبت أنه ولده، والثاني لا يجوز لأنه لم يثبت له الرجوع في حال العقد وإن وهب لولده ووهب الولد لولده ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه في ملك من يجوز هل الرجوع في هبته والثاني لا يجوز لأنه رجوع على غير من وهب له فلم يجز. وإن وهب لولده شيئاً فأفلس الولد وحجر عليه ففيه وجهان: أحدهما يرجع لأن حقه سابق لحقوق الغرماء، والثاني لا يرجع لأنه تعلق به حق الغرماء فلم يجز له الرجوع كما لو رهنه.

فصل: وإن زاد الموهوب في ملك الولد أو زال الملك فيه ثم عاد إليه فالحكم فيه كالحكم في المبيع إذا زاد في يد المشتري أو زال الملك فيه ثم عاد إليه ثم أفلس في رجوع البائع وقد بيناه في التفليس.

فصل: فإن وهب شيئاً لمن دونه لم يلزمه أن يثيبه بعوض لأن القصد من هبته الصلة فلم تجب المكافأة فيه بعوض كالصدقة، وإن وهب لمن هو مثله لم يلزمه أيضاً أن يثيبه لأن القصد من هبته اكتساب المحبة وتأكيد الصداقة. وإن وهب لمن هو أعلى منه ففيه قولان: قال في القديم: لم يلزمه أن يثيبه عليه بعوض لأن العرف في هبة الأدنى للأعلى أن يلتمس به العوض فيصير ذلك كالمشروط، وقال في الجديد: لا يجب لأنه تمليك بغير عوض فلا يوجب المكافأة بعوض كهبة النظير للنظير، فإن قلنا لا يجب فشرط فيه ثواباً معلوماً ففيه قولان: أحدهما يصح لأنه تمليك مال بمال فجاز كالبيع فعلى هذا يكون كبيع بلفظ الهبة في الربا والخيار وجميع أحكامه. والثاني أنه باطل لأنه عقد لا يقتضي العوض فبطل شرط العوض كالرهن فعلى هذا حكمه حكم البيع الفاسد في جميع أحكامه، وإن شرط فيه ثواباً مجهولاً بطل قولاً واحداً لأنه شرط العوض، ولأنه شرط

موضع قريب من المدينة واسمها حبيبة. وبنتها أم كلثوم بنت أبي بكر رضي الله عنه. الثواب في الهبة وغيرها الرجوع يقال ثاب يثوب ثوباً وثواباً إذا رجع بعد ذهابه كأن الثواب يرجع إليه بعد ذهاب الموهوب من يده وبعد عمله للخير.

عوضاً مجهولاً. وإن قلنا إنه يجب العوض ففي قدره ثلاثة أقوال: أحدها أنه يلزمه أن يعطيه إلى أن يرضى لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن أعرابياً وهب للنبي ﷺ هبة فأثابه عليها وقال: أرضيت؟ قال: لا. فزاده وقال: أرضيت فقال: نعم. فقال رسول الله ﷺ: «لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي». الثاني يلزمه قدر قيمته لأنه عقد يوجب العوض فإذا لم يكن مسمى وجب عوض المثل كالنكاح. والثالث يلزمه ما جرت العادة في ثواب مثله لأن العوض وجب بالعرف فوجب مقداره في العرف، فإن قلنا إنه يجب العوض فلم يعطه ثبت له الرجوع فإن تلفت العين رجع بقيمتها لأن كل عين ثبت له الرجوع بها إذا تلفت وجب الرجوع إلى بدلها كالمبيع. ومن أصحابنا من قال: لا يجب لأن حق الواهب في العين، وإن نقصت العين رجع فيها، وهل يرجع بأرش ما نقص؟ فيه وجهان كالوجهين في رد القيمة إذا تلفت، وإن شرط عوضاً مجهولاً لم تبطل لأنه شرط ما يقتضيه العقد لأن العقد على هذا القول يقتضي عوضاً مجهولاً، وإن لم يدفع إليه العوض وتلف الموهوب ضمن العوض بلا خلاف، وإن شرط عوضاً معلوماً ففيه قولان: أحدهما أن العقد يبطل لأن العقد يقتضي عوضاً غير مقدر فبطل بالتقدير. والثاني يصح لأنه إذا صح بعوض مجهول فلأن يصح بعوض معلوم أولى.

فصل: وإن اختلف الواهب والموهوب له فقال الواهب: وهبتك ببدل وقال الموهوب له وهبتني على غير بدل ففيه وجهان: أحدهما أن القول قول الواهب لأنه لم يقر لخروج الشيء من ملكه إلا على بدل. والثاني أن القول الموهوب له لأن الواهب أقر له بالهبة وادعى بدلاً الأصل عدمه.

باب العمرى والرقبى

العمرى هو أن يقول أعمرتك هذا الدار حياتك أو جعلتها لك عمرك وفيها ثلاث مسائل: إحداها أن يقول أعمرتك هذه الدار حياتك ولعقبك بعدك فهذه عطية صحيحة تصح بالإيجاب والقبول ويملك فيها بالقبض، والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي أعطيها»[1] لا ترجع إلى الذي أعطاها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث. والثانية أن يقول أعمرتك هذه الدار

ومن باب العمرى والرقبى

العمرى مأخوذة من العمر لأنه يهبها مدة عمره. والرقبى لأن كل واحد منهما يرقب صاحبه فأيهما مات كانت للحي. والرقوب الانتظار قال الله تعالى: ﴿فارتقب إنهم مرتقبون﴾

---

(١) رواه مسلم في كتاب الهبات حديث ٢٥. أبو داود في كتاب البيوع باب ٨٥. النسائي في كتاب العمرى باب ٤. أحمد في مسنده (٣/ ٣٠٤).

حياتك ولم يشرط شيئاً ففيه قولان: قال في القديم: هو باطل لأنه تمليك عين قدر بمدة فأشبه إذا قال أعمرتك سنة أو أعمرتك حياة زيد. وقال في الجديد: هو عطية صحيحة ويكون للمعمر في حياته ولو رثته بعده وهو الصحيح لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعمر عمرى حياته فهي له ولعقبه من بعده يرثها من يرثه من بعده»(١)، ولأن الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك وتنتقل إلى الورثة فلم يكن ما جعله في حياته منافياً لحكم الأملاك. والثالثة أن يقول أعمرتك حياتك فإن مت عادت إلي إن كنت حياً وإلى ورثتي إن كنت ميتاً فهي كالمسألة الثانية فتكون على قولين: أحدهما تبطل، والثاني تصح لأنه شرط أن تعود إليه بعد ما زال ملكه أو إلى وارثه وشرطه بعد زوال الملك لا يؤثر في حق المعمر فيصير وجوده كعدمه.

فصل: وأما الرقبى فهو أن يقول أرقبتك هذه الدار أو داري لك رقبي ومعناه وهبت لك وكل واحد منا يرقب صاحبه، فإن مت قبلي عادت إلي وإن مت قبلك فهي لك فتكون كالمسألة الثالثة من العمرى، وقد بينا أن الثالثة كالثانية فتكون على قولين. وقال المزني الرقبى أن يجعلها لآخرهما موتاً وهذا خطأ لما روى عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من أعمر أو أرقب رقبى فهي للمعمر يرثها من يرثه»(٢).

فصل: ومن وجب له على رجل دين جاز له أن يبرئه من غير رضاه. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز إلا بقبول من عليه الدين لأنه تبرع يفتقر إلى تعيين المتبرع عليه فافتقر إلى قبوله كالوصية والهبة، ولأن فيه التزاماً منه فلم يملك من غير قبوله كالهبة، والمذهب الأول لأنه إسقاط حق ليس فيه تمليك مال فلم يعتبر فيه القبول كالعتق والطلاق والعفو عن الشفعة والقصاص، ولا يصح الإبراء من دين مجهول لأنه إزالة ملك لا يجوز تعليقه على الشرط فلم يجز مع الجهالة كالبيع والهبة.

[الدخان: ٥٩] أي انتظر أنهم منتظرون. والتبرع التطوع وتبرع أي تطوع.

---

(١) رواه البخاري في كتاب الهبة باب ٣٢. مسلم في كتاب الهبات حديث ٣٠ـ ٣٢. الترمذي في كتاب الأحكام باب ١٥. النسائي في كتاب العمرى باب ١، ٢ أحمد في مسنده (١/ ٢٥٠).

(٢) المصدر السابق.

كتاب الوصايا

من ثبتت له الخلافة على الأمة جاز له أن يوصي بها إلى من يصلح لها لأن أبا بكر رضي الله عنه وصى إلى عمر ووصى عمر رضي الله عنه إلى **أهل الشورى** رضي الله عنهم ورضيت الصحابة رضي الله عنهم بذلك.

فصل: ومن ثبتت له الولاية في مال ولده ولم يكن له ولي بعده جاز له أن يوصي إلى من ينظر في ماله، لما روى سفيان بن عيينة رضي الله عنه عن هشام بن عروة قال: أوصى إلى الزبير تسعة من أصحاب النبي ﷺ منهم عثمان والمقداد وعبد الرحمن بن عوف وابن مسعود رضي الله عنهم، فكان يحفظ عليهم أموالهم وينفق على أبنائهم من ماله، وإن كان له جد لم يجز أن يوصي إلى غيره لأن ولاية الجد مستحقة بالشرع فلا يجوز نقلها عنه بالوصية.

فصل: ومن ثبت له الولاية في تزويج ابنته لم يجز أن يوصي إلى من يزوجها، وقال أبو ثور: يجوز كما يجوز أن يوصي إلى من ينظر في مالها وهذا خطأ لما روى ابن عمر قال: زوجني قدامة بن مظعون ابنة أخيه عثمان بن مظعون فأتى قدامة رسول الله ﷺ فقال: أنا عمها ووصي أبيها وقد زوجتها من عبد الله بن عمر، فقال ﷺ: «إنها يتيمة لا تنكح إلا بإذنها» ولأن ولاية النكاح لها من يستحقها بالشرع فلا يجوز نقلها بالوصية بالنظر في المال مع وجود الجد.

فصل: ومن عليه حق يدخله النيابة من دين آدمي أو حج أو زكاة أو رد وديعة جاز أن يوصي إلى من يؤدي عنه لأنه إذا جاز أن يوصي في حق غيره فلأن يجوز في خاصة نفسه أولى.

فصل: ومن ملك التصرف في ماله بالبيع والهبة ملك الوصية بثلثه في وجوه البر لما روى عامر بن سعيد عن أبيه قال: مرضت مرضاً أشرفت منه على الموت فأتاني رسول الله ﷺ يعودني فقلت: يا رسول الله لي مال كثير وليس يرثني إلا ابنتي أفأتصدق بمالي كله، قال: لا. قال: أتصدق بثلثي مالي، قال: لا. قلت: أتصدق بالشطر، قال: لا. قلت: أتصدق بالثلث؟ قال: «الثلث والثلث كثير **إنك أن تترك ورثتك أغنياء** خير من

ومن كتاب الوصايا

الوصية مأخوذة من قولهم وصيت الرجل آصيه إذا وصلته لأن الموصي يصل ما كان منه في حياته بما بعده من مماته قال ذو الرمة:

نصئ الليل بالأيام حتى صلاتنا ... مقاسمة يشتق أنصافها السفر

قوله أهل الشورى هي فعلى من المشورة يقال شاورته في الأمر واستشرته إذا استعنت به في التدبير واشتقاقه من شرت العسل إذا استخرجته من بيت النحل قوله: (**إنك أن تترك ورثتك أغنياء**) بفتح أن وهو مبتدأ وخبره خير أي تركك ورثتك أغنياء خير ومن روى بكسر

أن تتركهم **عالة يتكففون الناس**»(١)، ولايجب ذلك لقوله تعالى: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفاً﴾ [الأحزاب: ٦] وفسر بالوصية فجعل ذلك إليهم فدل على أنها لا تجب، ولأنه عطية لا تلزم في حياته فلم تلزم الوصية به قياساً على ما زاد على الثلث.

فصل: وإن كانت ورثته فقراء فالمستحب أن لا يستوفي الثلث لقوله ﷺ: «**الثلث كثير إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس**» فاستكثر الثلث وكره أن يترك ورثته فقراء، فدل على أن المستحب أن لا يستوفي الثلث، وعن علي رضي الله عنه أنه قال: لأن أوصي بالخمس أحب إلي من أن أوصي بالثلث، وإن كان الورثة أغنياء فالمستحب أن يستوفي الثلث لأنه لما كره الثلث إذا كانوا فقراء دل على أنه يستحب إذا كانوا أغنياء أن يستوفيه.

فصل: وينبغي لمن رأى المريض **يجنف في الوصية** أن ينهاه لقوله تعالى: ﴿وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم، فليتقوا الله وليقولوا **قولاً سديداً**﴾ [النساء: ٩] قال أهل التفسير: إذا رأى المريض يجنف على ولده أن يقول اتق الله ولا توص بمالك كله ولأن النبي ﷺ نهى سعداً عن الزيادة على الثلث.

إن فهو شرط وجوابه محذوف تقديره فهو خير قوله: **(عالة)** جمع عائل وهو الفقير والعيلة والعالة الفاقة والفقر قال الله تعالى: ﴿فإن خفتم عيلة﴾ أي فقراً. قوله: **(يتكففون الناس)** فيه تأويلات أحدها يأتونهم من كنفهم أي من جوانبهم وأطرافهم مأخوذ من كفة القميص وهو طرفه وحاشيته ثانيها أن يسألوهم، فيمدون إليهم أكفهم ثالثها أن يسألوا الناس ما في أكفهم فهذان مأخوذان من الكف باختلاف المعنى رابعها أن يسألوهم كفا كفا من طعام خامسها أن يسألوهم ما يكفون به الجوعة يقال: تكفف السائل واستكف إذا بسط كفه للسؤال أو طلب ما يكف به الجوعة.

قوله: **(يجنف في الوصية)** الجنف الميل وقد جنف بالكسر يجنف جنفاً قال الله تعالى: ﴿فمن خاف من موص جنفاً﴾ [البقرة: ١٨٢] وقال الشاعر:

هم المولى وإن جنفوا علينا ... وإنا من لقائهم لزور

قوله: **(قولاً سديداً)** السداد ضد الفساد أي قولاً قصداً مستقيماً لا ميل فيه قوله: **(ولا تمهل)** أي لا تؤخر ﴿فمهل الكافرين أمهلهم رويدا﴾ وأمهله أنظره والاسم المهلة وتمهل في

---

(١) رواه البخاري في كتاب الفرائض باب ١٦. مسلم في كتاب الوصية حديث ٥، ٨. أبو داود في كتاب الوصايا باب ٢. الترمذي في كتاب الوصايا باب ١. الموطأ في كتاب الوصايا حديث ٤. ابن ماجه في كتاب الوصايا باب ٥. أحمد في مسنده (١/١٦٨).

فصل: والأفضل أن يقدم ما يوصي به من البر في حياته لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: سُئل رسول الله ﷺ أي الصدقة أفضل؟ قال: «أن تتصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر **ولا تمهل** حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا»[(١)]، ولأنه لا يأمن إذا وصى به أن يفرط به بعد موته فإنه اختار أن يوصي، فالمستحب أن لا يؤخر الوصية لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ما حق امرئ مسلم عنده شيء يوصي يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» ولأنه إذا أخر لم يؤمن أن يموت فجأة فتفوته.

فصل: وأما من لا يجوز تصرفه في المال، فإن كان ممن لا يميز **كالمعتوه** والمبرسم ومن عاين الموت لم تصح وصيته لأن الوصية تتعلق صحتها بالقول، ولا قول لمن لا يميز، ولهذا لا يصح إسلامه ولا توبته فلم تصح وصيته، فإن كان صبياً مميزاً أو بالغاً مبذراً ففيه قولان: أحدهما لا تصح وصيته لأنه تصرف في المال فلم يصح من الصبي والمبذر كالهبة، والثاني تصح لأنه إنما منع من التصرف خوفاً من إضاعة المال وليس في الوصية إضاعة المال لأنه إن عاش فهو على ملكه، وإن مات لم يحتج إلى غير الثواب وقد حصل له ذلك بالوصية.

فصل: وأما إذا أوصى بما زاد على الثلث فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية فيما زاد على الثلث لأن ماله ميراث للمسلمين ولا مجيز له منهم فبطلت، فإن كان له وارث ففيه قولان: أحدهما أن الوصية تبطل بما زاد على الثلث لأن النبي ﷺ نهى سعداً عن الوصية بما زاد على الثلث والنهي يقتضي الفساد، وليست الزيادة مالاً للوارث فلم تصح وصيته به كما لو أوصى بمال للوارث من غير الميراث، والثاني أنها تصح وتقف على إجازة الوارث، فإن أجاز نفذت، وإن ردها بطلت لأن الوصية صادفت ملكه، وإنما يتعلق بها حق الوارث في الثاني، فصحت ووقفت الإجازة كما لو باع ما فيه شفعة، فإن قلنا على أنها باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها الإيجاب والقبول باللفظ الذي تنعقد به الهبة ويعتبر في لزومها القبض، وإن كانت الوصية عتقاً لم يصح إلا بلفظ العتق ويكون

أمره اتأد قوله: **(كالمعتوه)** الناقص العقل. والتعته التجنن والرعونة وقد عته ورجل معتوه بين العته قال رؤبة:

بعد لجاج لا يكاد ينثني عن التصابي وعن التعته

---

(١) رواه مسلم في كتاب الزكاة حديث ٩٣. النسائي في كتاب الزكاة باب ٦٠. ابن ماجه في كتاب الوصايا باب ٤. أحمد في مسنده (٢/ ٢٣١).

الولاء فيه للوارث، وإن قلنا إنها تصح كانت الإجازة إمضاء لما وصى به الموصي وتصح بلفظ الإجازة كما يصح العفو عن الشفعة بلفظ العفو، فإن كانت الوصية عتقاً كان الولاء للموصي، ولا يصح الرد والإجازة إلا بعد الموت لأنه لا حق له قبل الموت فلم يصح إسقاطه كالعفو عن الشفعة قبل البيع.

فصل: فإن جاز الوارث ما زاد على الثلث ثم قال أجزت لأني ظننت أن المال قليل وأن ثلثه قليل وقد بان أنه كثير لزمت الإجازة فيما علم، والقول قول فيما لم يعلم مع يمينه فإذا حلف، لم يلزمه لأن الإجازة في أحد القولين هبة وفي الثاني إسقاط والجميع لا يصح مع الجهل به، وإن وصى بعبد فأجازه الوارث ثم قال أجزت لأني ظننت أن المال كثير وقد بان أنه قليل ففيه قولان: أحدهما أن القول قوله كالمسألة قبلها. والثاني أنه يلزمه الوصية لأنه عرف ما أجازه ويخالف المسألة قبلها فإن هناك لم يعلم ما أجازه.

فصل: واختلف أصحابنا في الوقت الذي يعتبر فيه قدر المال لإخراج الثلث، فمنهم من قال الإعتبار بقدر المال في حال الوصية لأنه عقد يقتضي اعتبار قدر المال فكان الإعتبار فيه بحال العقد كما لو نذر أن يتصدق بثلث ماله فعلى هذا لو أوصى وثلث ماله ألف فصار عند الوفاة ألفين لم تلزم الوصية في الزيادة، فإن وصى بألف ولا مال ثم استفاد مالاً لم تتعلق به الوصية، وإن وصى وله مال فهلك ماله بطلت الوصية، ومنهم من قال: الإعتبار بقدر المال عند الموت، وهو المذهب لأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها، ولأنه لو وصى بثلث ماله ثم باع جميعه تعلقت الوصية بالثمن فلو كان الإعتبار بحال الوصية لم تتعلق بالثمن لأنه لم يكن حال الوصية فعلى هذا لو وصى بثلث ماله وماله ألف فصار ألفين لزمت الوصية في ثلث الألفين، فإن وصى بمال ولا مال ثم استفاد مالاً تعلقت به الوصية فإن وصى بثلثه وله مال ثم تلف ماله لم تبطل الوصية.

فصل: وأما الوصية بما لا قربة فيه كالوصية **للكنيسة** والوصية بالسلاح لأهل الحرب فهي باطلة لأن الوصية إنما جعلت له ليدرك بها ما فات ويزيد بها الحسنات ولهذا روي أن

والمبرسم الذي به البرسام وهو علة معروفة تزيل العقل وهي ورم يصيب الدماغ نفسه ويتقدمها حمى مطبقة دائمة مع ثقل الرأس وحمرة شديدة وصداع وكراهية الضوء، فيزول كذا ذكره في كتاب الطب وفقه اللغة. وقيل إنه أثر الموت لأن بر بالسريانية الابن والسام الموت ومنه الحديث في الحبة السوداء «إنها شفاء من كل داء إلا السام» قيل وما السام قال «الموت» برسم الرجل فهو مبرسم.

قوله: (**الكنيسة**) وقد ذكرنا أن الكنيسة مسجد اليهود.

قوله: (**المحاباة**) قد ذكرنا أن المحاباة أن يضع له شيئاً من ثمن المبيع مأخوذ من الحبا

النبي ﷺ قال: «إن الله تعالى أعطاكم ثلث أموالكم في آخر آجالكم زيادة في حسناتكم»[(١)]، وما ذكرناه ليس من الحسنات فلم تصح فيه الوصية، فإن وصى ببيع ما له من رجل من غير محاباة ففيه وجهان: أحدهما يصح لأنه قصد تخصيصه بالتمليك. والثاني لا يصح لأن البيع من غير محاباة ليس بقربة فلم تصح الوصية به. وإن وصى لذمي جاز لما روي أن صفية وصت لأخيها بثلثها ثلاثين ألفاً وكان يهودياً، ولأن الذمي موضع للقربة ولهذا يجوز التصدق عليه بصدقة التطوع فجازت له الوصية، فإن وصى لحربي ففيه وجهان أحدهما: أنه لا تصح الوصية وهو قول أبي العباس بن القاص لأن القصد بالوصية نفع الموصى له وقد أمرنا بقتل الحربي وأخذ ماله فلا معنى للوصية له، والثاني يصح وهو المذهب لأنه تمليك يصح للذمي فصح للحربي كالبيع.

فصل: واختلف قول الشافعي رحمه الله تعالى فيمن وصى لقاتله، فقال في أحد القولين لا يجوز لأنه مال يستحق بالموت فمنع القتل منه كالميراث، وقال في الثاني: يجوز لأنه تمليك يفتقر إلى القبول فلم يمنع القتل منه كالبيع، فإن قتلت أم الولد مولاها عتقت لأن عتقها ليس بوصية بدليل أنه لا يعتبر من الثلث فلم يمنع القتل منه، فإن قتل المدبر مولاه، فإن قلنا إن التدبير عتق بالصفة عتق لأنه ليس بوصية وإنما هو عتق بصفة وقد وجدت الصفة تعتق وإن قلنا إنه وصية وقلنا إن الوصية للقاتل لا تجوز لم يعتق، وإن قلنا إنها تجوز عتق من الثلث، فإن كان على رجل دين مؤجل فقتله صاحب الدين حل الدين لأن الأجل حق للمقتول لا حظ له في بقائه بل الحظ في إسقاطه ليحل الدين ويقضي فيتخلص منه.

فصل: واختلف قوله في الوصية للوارث فقال في أحد القولين لا تصح لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا وصية لوارث»[(٢)] ولأنها وصية لا تلزم لحق الوارث فلم تصح كما لو أوصى بمال لهم من غير الميراث فعلى هذا الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها ما يعتبر في الهبة، والثاني تصح لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تجوز لوارث وصية إلا إن شاء الورثة»[(٢)] فدل على أنهم إذا شاءوا كانت وصية

وهو العطية.

. . . .

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الوصايا باب ٥.

(٢) رواه البخاري في كتاب الوصايا باب ٦. أبو داود في كتاب الوصايا باب ٦. الترمذي في كتاب الوصايا باب ٥. النسائي في كتاب الوصايا باب ٥. ابن ماجه في كتاب الوصايا باب ٦.

وليست الوصية في ملكه وإنما يتعلق بها حق الورثة في الثاني فلم يمنع صحتها كبيع ما فيه شفعة فعلى هذا إذا أجاز الورثة نفذت الوصية.

فصل: ولا تصح الوصية لمن لا يملك فإن وصى لميت لم تصح الوصية لأنه تمليك فلم يصح للميت كالهبة، وإن وصى لحمل تيقن وجوده حال الوصية بأن وضعته لدون ستة أشهر من حين الوصية أو لستة أشهر وليست بفراش صحت الوصية لأنه يملك بالإرث فملك بالوصية، وإن وضعته لستة أشهر وهي فراش لم تصح الوصية لأنه يجوز أن يكون حدث بعد الوصية فلم تصح الوصية بالشك، فإن ألقته ميتاً لم تصح الوصية لأنه لا يتيقن حياته حال الوصية، ولهذا لا يحكم له بالإرث فلم يحكم له بالملك بالوصية، فإن وصى لما تحمل هذا المرأة لم تصح الوصية وقال أبو إسحاق: تصح والمذهب الأول لأنه تمليك لمن لا يملك فلم يصح.

فصل: فإن قال وصيت بهذا العبد لأحد هذين الرجلين لم يصح لأنه تمليك لغير معين، فإن قال أعطوا هذه العبد أحد هذين الرجلين جاز لأنه ليس بتمليك وإنما هو وصية بالتمليك، ولهذا لو قال بعت هذا العبد من أحد هذين الرجلين لم يصح ولو قال لوكيله: بع هذا العبد من أحد هذين الرجلين جاز.

فصل: فإن أوصى لعبده كانت الوصية لوارثه لأن العبد لا يملك فكانت الوصية للوارث وقد بيناه، فإن وصى لمكاتبه صحت الوصية لأن المكاتب يملك المال بالعقد فصحت له الوصية، فإن وصى لأم ولده صحت لأنها حرة عند الاستحقاق، فإن وصى لمدبره وعتق من الثلث صحت له الوصية لأنه حر عند الموت فهو كأم الولد، فإن لم يعتق كانت الوصية للوارث وقد بيناه، فإن وصى لعبد غيره كانت الوصية لمولاه. وهل يصح قبوله من غير إذن المولى؟ فيه وجهان: أحدهما وهو الصحيح أنه يصح ويملك به المولى كما يملك ما يصطاده بغير إذنه، والثاني وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنه لا يصح لأنه تمليك للسيد بعقد فلم يصح القبول فيه من غير إذنه. وهل يصح قبول السيد فيه وجهان: أحدهما لا يصح لأن الإيجاب للعبد فلم يصح قبول السيد كالإيجاب في البيع، والثاني يصح لأن القبول في الوصية يصح لغير من أوجب له وهو الوارث بخلاف البيع.

فصل: وتجوز الوصية بالمشاع والمقسوم لأنه تمليك جزء من ماله فجاز في المشاع والمقسوم كالبيع ويجوز بالمجهول كالحمل في البطن واللبن في الضرع وعبد من عبيد وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر والعبد الآبق لأن الموصى له يخلف الميت في ثلثه

قوله: **(كالسماد)** هو سرجين ورماد وتسميد الأرض أن يجعل فيها السماد.

كما يخلفه الوارث في ثلثه فلما جاز أن يخلف الوارث الميت في هذه الأشياء جاز أن يخلفه الموصى له، فإن وصى بمال الكتابة جاز لما ذكرناه فإن وصى برقبته فهو على القولين في بيعه.

فصل: فإن وصى بما تحمله الجارية أو الشجرة صحت الوصية لأن المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة فجاز أن يملك بالوصية، ومن أصحابنا من قال: إذا قلنا إن الإعتبار بحال الوصية لم تصح لأنه لا يملك في الحال ما وصى به.

فصل: وتجوز الوصية بالمنافع لأنها كالأعيان في الملك بالعقد والإرث فكانت كالأعيان في الوصية، ويجوز بالعين دون المنفعة وبالعين لواحد وبالمنفعة لآخر لأن المنفعة والعين كالعين، فجاز فيهما ما جاز في العينين، ويجوز بمنفعة مقدرة بالمدة وبمنفعة مؤبدة لأن المقدرة كالعين المعلومة والمؤبدة كالعين المجهولة فصحت الوصية بالجميع.

فصل: وتجوز الوصية بما يجوز الإنتفاع به من النجاسات **كالسماد** والزيت النجس والكلب وجلد الميتة، لأنه يحل اقتناؤها للإنتفاع بها فجاز نقل اليد فيها بالوصية ولا يجوز بما لا يحل الإنتفاع به كالخمر والخنزير والكلب العقور لأنه لا يحل الإنتفاع ولا تقر اليد عليها فلم تجز الوصية بها.

فصل: ويجوز تعليق الوصية على شرط في الحياة لأنها تجوز في المجهول فجاز تعليقها بالشرط كالطلاق والعتاق، ويجوز تعليقها على شرط بعد الموت لأن ما بعد الموت في الوصية كحال الحياة فإذا جاز تعليقها على شرط في الحياة جاز بعد الموت.

فصل: وإن كانت الوصية لغير معين كالفقراء لزمت بالموت لأنه لا يمكن اعتبار القبول فلم يعتبر، وإن كانت لمعين لم تلزم إلا بالقبول لأنه تمليك لمعين فلم يلزم من غير قبول كالبيع، ولا يصح القبول إلا بعد الموت لأن الإيجاب بعد الموت فكان القبول بعده فإن قبل حكم له بالملك وفي وقت الملك قولان منصوصان: أحدهما تملك بالموت والقبول لأنه تمليك يفتقر إلى القبول فلم يقع الملك قبله كالهبة، والثاني أنه موقوف فإن قبل حكمنا بأنه ملك من حين الموت لأنه لا يجوز أن يكون للموصي لأن الميت لا يملك ولا يجوز أن يكون للوارث لأن الوارث لا يملك إلا بعد الدين والوصية ولا يجوز أن يكون للموصي له لأنه لو انتقل إليه لم يملك رده كالميراث فثبت أنه موقوف وروى ابن عبد الحكم قولاً ثالثاً أنه يملك بالموت ووجهه أنه مال مستحق بالموت فانتقل به كالميراث.

. . . .

فصل: وإن رد نظرت؛ فإن كان في حياة الموصي لم يصح الرد لأنه لا حق له في حياته فلم يملك إسقاطه كالشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع، وإن رد بعد الموت وقبل القبول صح الرد لأنه يثبت له الحق فملك إسقاطه كالشفيع إذا عفا عن الشفعة بعد البيع، وإن رد بعد القبول وقبل القبض ففيه وجهان: أحدهما لا يصح الرد لأنه ملكه ملكاً تاماً فلم يصح رده كما لو قبضه، والثاني أنه يصح الرد وهو المنصوص لأنه تمليك من جهة الآدمي من غير بدل فصح رده قبل القبض كالوقف وإن لم يقبل ولم يرد كان للورثة المطالبة بالقبول أو الرد فإن امتنع القبول والرد حكم عليه بالرد لأن الملك متردد بينه وبين الورثة كما لو تحجر أرضاً فامتنع من إحيائها أوقف في مشرعة ماء فلم يأخذ ولم ينصرف.

فصل: وإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية ولا يقوم وارثه مقامه إن مات قبل إستحقاق الوصية، وإن مات بعد موته وقبل القبول قام وارثه مقامه في القبول والرد لأنه خيار ثابت في تملك المال فقام الوارث مقامه كخيار الشفعة.

باب ما يعتبر من الثلث

ما وصى به من التبرعات كالعتق والهبة والصدقة والمحاباة في البيع يعتبر من الثلث سواء كانت في حال الصحة أو في حال المرض أو بعضها في الصحة وبعضها في المرض لأن لزوم الجميع عند الموت، فأما الواجبات من ديون الآدميين وحقوق الله تعالى كالحج والزكاة، فإنه إن لم يوص بها وجب قضاؤها من رأس المال دون الثلث لأنه إنما منع من الزيادة على الثلث لحق الورثة، ولا حق للورثة مع الديون فلم تعتبر من الثلث، وإن وصى أن يؤدي ذلك من الثلث اعتبر من الثلث لأنها في الأصل من رأس المال، فلما جعلها من الثلث علم أنه قصد التوفير على الورثة فاعتبرت من الثلث. وإن وصى بها ولم يقل إنها من الثلث ففيه ثلاثة أوجه: أحدها أنه تعتبر من الثلث وهو ظاهر النص لأنها من رأس المال فلما وصى بها علم أنه قصد أن يجعلها من جملة الوصايا، فجعل سبيلها سبيل الوصايا والثاني وهو قول أبي علي بن هريرة إنه إن لم يفرق بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من رأس المال، وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من الثلث لأنها في الأصل من رأس المال فإذا عريت عن القرينة بقيت على أصلها، وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث علم أنه قصد أن يكون مصرفهما واحداً، والثالث أنه تعتبر من رأس المال وهو الصحيح لأنها في الأصل من رأس المال، والوصية بها تقتضي التأكيد والتذكار بها والقرينة تقتضي التسوية بينهما في الفعل لا في السبيل فبقيت على أصلها.

فصل: وأما ما تبرع به في حياته ينظر فيه؛ فإن كان في حال الصحة لم يعتبر من

قوله: **(القولنج)** هو احتباس الغائط لانسداد المعنى المسمى قولون بالرومية من فقه

الثلث لأنه مطلق التصرف في ماله لا حق لأحد في ماله فاعتبر من رأس المال، وإن كان ذلك في مرض غير مخوف لم يعتبر من الثلث لأن الإنسان لا يخلو من عوارض فكان حكمه حكم الصحيح، وإن كان ذلك في مرض مخوف واتصل به الموت اعتبر من الثلث لما روى عمران بن الحصين أن رجلاً أعتق ستة أعبد له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال للرجل قولاً شديداً ثم دعاهم فجزأهم فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة ولأنه في هذه الحالة لا يأمن الموت فجعل كحال الموت، وإن برئ من المرض لم يعتبر من الثلث لأنه قد بان أنه لم يكن في ماله حق أحد، وإن وهب في الصحة وأقبض في المرض اعتبر من الثلث، لأنه لم يلزم إلا بالقبض وقد وجد ذلك منه في المرض.

فصل: وإن باع في المرض بثمن المثل أو تزوج امرأة بمهر المثل صح العقد ولم يعتبر العوض من الثلث، لأنه ليس بوصية لأن الوصية أن يخرج مالاً من غير عوض ولم يخرج ههنا شيئاً من غير عوض. وإن كاتب عبداً اعتبر من الثلث لأن ما يأخذ من العوض من كسب عبده وهو مال له فيصير كالعتق بغير عوض، وإن وهب له من يعتق عليه في المرض المخوف فقبله اعتبر عتقه من الثلث، فإذا مات لم يرثه وقال أبو العباس: يعتبر عتقه من رأس المال ويرثه لأنه ليس بوصية لأنه لم يخرج من ملكه شيئاً بغير عوض والمذهب الأول لأنه ملكه بالقبول وعتق عليه، والعتق في المرض وصية والميراث والوصية لا يجتمعان فلو ورثناه بطل عتقه وإذا بطل العتق بطل الإرث فأثبتنا وأبطلنا الإرث.

فصل: والمرض المخوف كالطاعون **والقولنج** وذات الجنب والرعاف الدائم والإسهال المتواتر وقيام الدم والسل في انتهائه والفالج الحادث في ابتدائه والحمى المطبقة، لأن هذه الأمراض لا يؤمن معها معاجلة الموت فجعل كحال الموت، فأما غير المخوف فهو كالجرب ووجع الضرس والصداع اليسير وحمى يوم أو يومين وإسهال يوم أو يومين من غير دم والسل قبل انتهائه والفالج إذا طال لأن هذه الأمراض يؤمن معها

اللغة. وهو فارسي معرب لأن القاف والجيم لا يجتمعان في كلمة واحدة عربية. وذات الجنب داء يقع في الجنب وينتفخ ويكون بقرب القلب يؤلم ألماً شديداً ذكره في البيان. وقال في فقه اللغة وجمع تحت الاصلاع ناخس مع سعال وحمى وقال في الشامل: هو قرح يخرج بباطن الجنب. وقيام الدم خروج الدم من الطبيعة. وقال في الشامل: قيام الدم من الحرارة المفرطة هو أن يجتمع في عضو قال: والطاعون هيجان الدم في بعض. وقيل إن قيام الدم أن ينصب إلى شيء من بدنه من يد أو رجل فيرم ويحمر. والسل علة يهزل منها الجسم يأخذ

معاجلة الموت فإذا اتصل بها الموت علم أنه لم يكن موته من هذه الأمراض، وإن أشكل شيء من هذه الأمراض رجع فيه إلى نفسين من أطباء المسلمين ولا يقبل فيه قول الكافر. وإن ضرب الحامل الطلق فهو مخوف لأنه يخاف منه الموت وفيه قول آخر أنه غير مخوف لأن السلامة منه أكثر.

فصل: وإن كان في الحرب وقد التحمت طائفتان متكافئتان أو كان في البحر وتموج أو في أسر كفار يرون قتل الأسارى أو قدم للقتل في المحاربة أو الرجم في الزنا ففيه قولان: أحدهما أنه كالمرض المخوف يعتبر تبرعاته فيه من الثلث لأنه لا يأمن الموت كما لا يأمن في المرض المخوف. والثاني أنه كالصحيح لأنه لم يحدث في جسمه ما يخاف منه الموت، فإن قدم القتل القصاص فالمنصوص أنه لا تعتبر عطيته من الثلث ما لم يجرح، واختلف أصحابنا فيه على طريقين، فقال أبو إسحاق: هي على قولين قياساً على الأسير في يد كفار يرون قتل الأسارى، ومن أصحابنا من قال: لا تعتبر عطيته من الثلث لأنه غير مخوف لأن الغالب من حال المسلم أنه إذا قدر رحم وعفا فصار كالأسير في يد من لا يرى قتل الأسارى.

فصل: وإن عجز الثلث عن التبرعات لم يخل إما أن يكون في التبرعات المنجزة في المرض أو في الوصايا، فإن كان في التبرعات المنجزة في المرض، فإن كانت في وقت واحد نظرت، فإن كانت في هبات أو محاباة قسم الثلث بين الجميع لتساويهما في اللزوم، فإن كانت متفاضلة المقدار قسم الثلث عليها على التفاضل، وإن كانت متساوية قسم بينها على التساوي كما يفعل في الديون، وإن كان عتقاً في عبيد أقرع بينهم لما ذكرناه من حديث عمران بن الحصين، ولأن القصد من العتق تكميل الأحكام ولا يحصل ذلك إلا بما ذكرناه، فإن وقعت متفرقة قدم الأول فالأول عتقاً كان أو غيره لأن الأول سبق فاستحق به الثلث فلم يجز إسقاطه بما بعده، فإن كان له عبدان سالم وغانم فقال لسالم: إن أعتقت غانماً فأنت حر ثم أعتق غانماً قدم عتق غانم لأن عتقه سابق، فإن قال إن أعتقت غانماً فأنت حر حال عتق غانم ثم أعتق غانماً، فقد قال بعض أصحابنا يعتق غانم لأن عتقه غير متعلق بعتق غيره، وعتق سالم متعلق بعتق غيره، فإذا أعتقناهما في وقت واحد احتجنا أن نقرع بينهما، فربما خرجت القرعة على سالم فيبطل عتق غانم، وإذا بطل عتقه بطل عتق سالم، فيؤدي إثباته إلى نفيه فسقط ويبقى عتق غانم لأنه أصل، ويحتمل عندي أنه لا يعتق واحد منهما لأنه جعل عتقهما في وقت واحد ولا يمكن أن نقرع بينهما لما ذكرناه ولا يمكن تقديم عتق أحدهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر

منه سعال والفالج علة تأخذ من البردير عدلها الجسد. وقال في فقه اللغة: هو ذهاب الحس

بالسبق فوجب أن يسقطا، وإن كانت التبرعات وصايا وعجز الثلث عنها لم يقدم بعضها على بعض بالسبق لأن ما تقدم وما تأخر يلزم في وقت واحد وهو بعد الموت، فإن كانت كلها هبات أو كلها محاباة أو بعضها هبات وبعضها محاباة قسم الثلث بين الجميع على التفاضل إن تفاضلت وعلى التساوي إن تساوت، وإن كان الجميع عتقاً أقرع بين العبيد لما ذكرناه في القسم قبله، وإن كان بعضها عتقاً وبعضها محاباة أو هبات ففيه قولان: أحدهما أن الثلث يقسم بين الجميع لأن الجميع يعتبر من الثلث ويلزم في وقت واحد، والثاني يقدم العتق بماله من القوة، وإن كان بعضها كتابة وبعضها هبات ففيه طريقان: أحدهما أنه لا تقدم الكتابة لأنه ليس له قوة وسراية فلم تقدم كالهبات. والثاني أنها على قولين لأنها تتضمن العتق فكانت كالعتق.

فصل: وإن وصى أن يحج عنه حجة الإسلام من الثلث أو يقضى دينه من الثلث وصى معها بتبرعات ففيه وجهان: أحدهما يقسط الثلث على الجميع، لأن الجميع يعتبر من الثلث، فإن كان ما يخص الحج أو الدين من الثلث لا يكفي تمم من رأس المال لأنه في الأصل من رأس المال، وإنما اعتبر من الثلث بالوصية، فإذا عجز الثلث عنه وجب أن يتمم من أصل المال، والثاني يقدم الحج والدين لأنه واجب ثم يصرف ما فضل في الوصايا.

فصل: وإن وصى لرجل بمال وله مال حاضر ومال غائب أو له عين ودين دفع إلى الموصى له ثلث الحاضر وثلث العين وإلى الورثة الثلثان، وكل ما حضر من الغائب أو نض من الدين شيء قسم بين الورثة والموصى له، لأن الموصى له شريك الورثة بالثلث فصار كالشريك في المال، وإن وصى لرجل بمائة دينار وله مائة حاضرة وله ألف غائبة، فللموصى له ثلث الحاضرة ويوقف الثلثان لأن الموصى له شريك الوارث في المال فصار كالشريك في المال، وإن أراد الموصى له التصرف في ثلث المائة الحاضرة ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأن الوصية في ثلث الحاضرة ماضية فمكن من التصرف فيه، والثاني لا يجوز لأنا منعنا الورثة من التصرف في الثلثين الموقوفين فوجب أن نمنع الموصى له من التصرف في الثلث، وإن دبر عبداً قيمته مائة وله مائتان غائبة ففيه وجهان: أحدهما يعتق ثلث العبد لأن عتق ثلثه مستحق بكل حال. والثاني وهو ظاهر المذهب أنه لا يعتق لأنا لو أعتقنا الثلث حصل للموصى له الثلث ولم يحصل للورثة مثلاه وهذا لا يجوز.

فصل: وإن وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه وثلث ماله يحتمل الثلث الباقي من العبد نفذت الوصية فيه على المنصوص، وقال أبو ثور وأبو العباس لا تنفذ الوصية إلا في

والحركة عن بعض أعضائه. والحمى المطبقة التي تدوم ليلاً ونهاراً ولا ترتفع مأخوذة من

ثلث الباقي كما لو وصى بثلث ماله ثم استحق من ماله الثلثان، والمذهب الأول لأن ثلث العبد ملكه، وثلث ماله يحتمله فنفذت الوصية فيه كما لو أوصى له بعبد يحتمله الثلث، ويخالف هذا إذا أوصى بثلث ماله ثم استحق ثلثاه لأن الوصية هناك بثلث ماله، وماله هو الباقي بعد الاستحقاق وليس كذلك ههنا لأنه يملك الباقي وله مال غيره يخرج الباقي من ثلثه.

فصل: وإن وصى له بمنفعة عبد سنة ففي اعتبارها من الثلث وجهان: أحدهما يقوم العبد كامل المنفعة ويقوم مسلوب المنفعة في مدة سنة ويعتبر ما بينهما من الثلث. والثاني تقوم المنفعة سنة فيعتبر قدرها من الثلث ولا تقوم الرقبة، لأن الموصى به هو المنفعة فلا يقوم غيرها، وإن وصى له بمنفعة عبد على التأبيد ففي اعتبار منفعته من الثلث ثلاثة أوجه: أحدها تقوم المنفعة في حق الموصى له والرقبة مسلوبة المنفعة في حق الوارث لأن الموصى له ملك المنفعة والوارث ملك الرقبة وينظركم قدر التركة مع قيمة الرقبة مساوية المنفعة، وينظر قيمة المنفعة فتعتبر من الثلث والثاني تقوم المنفعة في حق الموصى له لأنه ملكها بالوصية، ولا تقوم الرقبة في حق الموصى له لأنه لم يملكها، ولا في حق الوارث لأنها مسلوبة المنفعة في حقه لا فائدة له فيها فعلى هذا ينظركم قدر التركة وقيمة المنفعة فتعتبر من الثلث، والثالث وهو المنصوص تقوم الرقبة بمنافعها في حق الموصي له لأن المقصود من الرقبة منفعتها فصار كما لو كانت الرقبة له فقومت في حقه، وينظر قدر التركة فتعتبر قيمة الرقبة من ثلثها، وإن وصى بالرقبة لواحد وبالمنفعة لواحد قومت الرقبة في حق من وصى له بها، والمنفعة في حق من وصى له بها لأن كل واحد منهما يملك ما وصى له به فاعتبر قيمتهما من الثلث.

فصل: وإن وصى له بثمرة بستانه فإن كانت موجودة اعتبرت قيمتها من الثلث، وإن لم تخلق فإن كانت على التأبيد ففي التقويم وجهان: أحدهما يقوم جميع البستان. والثاني يقوم كامل المنفعة ثم يقوم مسلوب المنفعة ويعتبر ما بينهما من الثلث، فإن احتمله الثلث نفذت الوصية فيما بقي من البستان، وإن احتمل بعضها كان للموصي له قدر ما احتمله الثلث يشاركه فيه الورثة، فإن كان الذي يحتمله النصف كان للموصي له من ثمرة كل عام النصف وللورثة النصف والله أعلم.

باب جامع الوصايا

إذا وصى لجيرانه صرف إلى أربعين داراً من كل جانب لما روى أبو هريرة رضي الله

تطابق الشيء على الشيء. والطلق وجع الولادة.

قوله: (**طرقه**) هي اختلاف أسانيده وكثرة رواته وقلتهم، ومعرفة العدل، والمجروح

عنه أن النبي ﷺ قال: «حق الجوار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا يميناً وشمالاً وقداماً وخلفاً».

فصل: وإن وصى لقراء القرآن صرف إلى من يقرأ جميع القرآن، وهل يدخل فيه من لا يحفظ جميعه؟ فيه وجهان: أحدهما يدخل فيه لعموم اللفظ، والثاني لا يدخل فيه لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف إلا على من يحفظه، وإن وصى للعلماء صرف إلى علماء الشرع لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف إلا عليهم، ولا يدخل فيه من يسمع الحديث ولا يعرف **طرقه** لأن سماع الحديث من غير علم بطرقه ليس بعلم.

فصل: فإن وصى للأيتام لم يدخل فيه من له أب لأن اليتيم في بني آدم فقد الأب، ولا يدخل فيه بالغ لقوله ﷺ: «لا يتم بعد الحلم»[١] وهل يدخل فيه الغني فيه وجهان: أحدهما يدخل فيه لأنه تيتم بفقد الأب. والثاني لا يدخل فيه لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف على غني، فإن وصى للأرامل دخل فيه من لا زوج لها من النساء، وهل يدخل فيه من لا زوجة له من الرجال فيه وجهان: أحدهما لا يدخل فيه لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف على الرجال. والثاني يدخل فيه لأنه قد يسمى الرجل أرملاً كما قال الشاعر:

كل الأرامل قد قضيت حاجتهم فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

وهل يدخل فيه من لها مال على وجهين كما قلنا في الأيتام.

فصل: وإن وصى للشيوخ أعطى من جاوز الأربعين وإن وصى للفتيان والشباب أعطى من جاوز البلوغ إلى الثلاثين، وإن وصى للغلمان والصبيان أعطى من لم يبلغ لأن هذه الأسماء لا تطلق في العرف إلا على ما ذكرناه.

فصل: وإن وصى للفقراء جاز أن يدفع إلى الفقراء والمساكين، وإن وصى للمساكين جاز أن يدفع إلى المساكين والفقراء لأن كل واحد من الإسمين يطلق على الفريقين، وإن وصى للفقراء والمساكين جمع بين الفريقين في العطية لأن الجمع بينهما يقتضي الجمع في العطية كما قلنا في آية الصدقات، وإن وصى لسبيل الله تعالى دفع إلى الغزاة من أهل الصدقات لأنه قد ثبت لهم هذا الاسم في عرف الشرع، فإن وصى للرقاب دفع إلى المكاتبين لأن الرقاب في عرف الشرع اسم للمكاتبين، وإن وصى لأحد هذه الأصناف دفع إلى ثلاثة منهم لأنه قد ثبت لهذه الألفاظ عرف الشرع في ثلاثة وهو في

منهم وغير ذلك..

. . . .

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الوصايا باب ٩.

الزكاة فحملت الوصية عليها، فإن وصى لزيد والفقراء، فقد قال الشافعي رحمه الله هو كأحدهم، فمن أصحابنا من قال: هو بظاهره أنه يكون كأحدهم يدفع إليه ما يدفع إلى أحدهم لأنه أضاف إليه وإليهم فوجب أن يكون كأحدهم، ومنهم من قال: يصرف إلى زيد نصف الثلث، ويصرف النصف إلى الفقراء، لأنه أضاف إليه وإليهم فوجب أن يساويهم، ومنهم من قال يصرف إليه الربع ويصرف ثلاثة أرباعه إلى الفقراء لأن أقل الفقراء ثلاثة، فكأنه وصى لأربعة فكان حق كل واحد منهم الربع، وإن وصى لزيد بدينار وبثلثه للفقراء وزيد فقير لم يعط غير الدينار لأنه قطع الاجتهاد في الدفع بتقدير حقه في الدينار.

فصل: وإن وصى لقبيلة عظيمة كالعلويين والهاشميين وطيء وتميم ففيه قولان: أحدهما أن الوصية تصح وتصرف إلى ثلاثة منهم كما قلنا في الوصية للفقراء، والثاني أن الوصية باطلة لأنه لا يمكن أن يعطي الجميع، ولا عرف لهذا اللفظ في بعضهم فبطل بخلاف الفقراء فإنه قد ثبت لهذا اللفظ عرف وهو في ثلاثة في الزكاة.

فصل: وإن أوصى أن يضع ثلثه حيث يرى لم يجز أن يضعه في نفسه لأنه تمليك ملكه بالإذن فلم يملك من نفسه كما لو وكله في البيع، والمستحب أن يصرفه إلى من لا يرث الموصي من أقاربه فإن لم يكن له أقارب صرف إلى أقاربه من الرضاع، فإن لم يكونوا صرف إلى جيرانه لأنه قائم مقام الموصي، والمستحب للموصي أن يضع فيما ذكرناه فكذلك الوصي.

فصل: وإن وصى بالثلث لزيد ولجبريل كان لزيد نصف الثلث وتبطل في الباقي، فإن وصى لزيد وللرياح ففيه وجهان: أحدهما أن الجميع لزيد لأن ذكر الرياح لغو، والثاني أن لزيد النصف وتبطل الوصية في الباقي كالمسألة قبلها فإن قال ثلثي للّه ولزيد ففيه وجهان: أحدهما أن الجميع لزيد وذكر الله تعالى للتبرك كقوله تعالى: ﴿فأن للّه خمسه وللرسول﴾ [الأنفال: ٤١] والثاني أنه يدفع إلى زيد نصفه، والباقي للفقراء لأن عامة ما يجب للّه تعالى يصرف إلى الفقراء.

فصل: وإن وصى لحمل امرأة فولدت ذكراً وأنثى صرف إليهما وسوى بينهما لأن ذلك عطية فاستوى فيه الذكر والأنثى، وإن وصى إن ولدت ذكراً فله ألف، وإن ولدت أنثى فلها مائة فولدت ذكراً وأنثى استحق الذكر الألف والأنثى المائة، فإن ولدت خنثى دفع إليه المائة لأنه يقين ويترك الباقي إلى أن يتبين، فإن ولدت ذكرين أو الانثيين ففيه ثلاثة أوجه: أحدها أن الوارث يدفع الألف إلى من يشاء من الذكرين والمائة إلى من يشاء

. . . .

من الانثيين لأن الوصية لأحدهما فلا تدفع إليهما، والاجتهاد في ذلك إلى الوارث كما لو أوصى لرجل بأحد عبديه. والثاني أنه يشترط الذكران في الألف والأنثيان في المائة لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فسوى بينهما ويخالف العبد، فإنه جعله إلى الوارث وههنا لم يجعله إلى الوارث، والثالث أنه يوقف الألف بين الذكرين والمائة بين الأنثيين إلى أن يبلغا ويصطلحا لأن الوصية لأحدهما فلا يجوز أن تجعل لهما ولا خيار للوارث فوجب التوقف، فإن قال إن كان ما في بطنك ذكراً فله ألف، وإن كان أنثى فله مائة فولدت ذكراً وأنثى لم يستحق واحد منهما شيئاً لأنه شرط أن يكون جميع ما في البطن ذكراً أو جميعه أنثى ولم يوجد واحد منهما.

فصل: فإن أوصى لرجل بسهم أو بقسط أو بنصيب أو بجزء من ماله فالخيار إلى الوارث في القليل والكثير لأن هذه الألفاظ تستعمل في القليل والكثير.

فصل: فإن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته أعطى مثل نصيب أقلهم نصيباً لأنه نصيب أحدهم، فإن وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كان ذلك وصية بنصف المال لأنه يحتمل أن يكون قد جعل له الكل، ويحتمل أنه جعله مع ابنه فلا يلزمه إلا اليقين، ولأنه قصد التسوية بينه وبين ابنه ولا توجد التسوية إلا فيما ذكرناه، فإن كان له ابنان فوصى له بمثل نصيب أحد ابنيه جعل له الثلث، وإن وصى له بنصيب ابنه بطلت الوصية لأن نصيب الابن للابن فلا تصح الوصية به كما لو أوصى له بمال ابنه من غير الميراث. ومن أصحابنا من قال يصح ويجعل المال بينهما كما لو أوصى له بمثل نصيب ابنه فإن وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كافر أو قاتل فالوصية باطلة لأنه وصى بمثل نصيب من لا نصيب له فأشبه إذا وصى بمثل نصيب أخيه وله ابن.

فصل: فإن وصى بضعف نصيب أحد أولاده دفع إليه مثلاً نصيب أحدهم لأن الضعف عبارة عن الشيء ومثله ولهذا يروى أن عمر رضي الله عنه أضعف الصدقة على نصارى بني تغلب أي أخذ مثلي ما يؤخذ من المسلمين، فإن وصى له بضعفي نصيب أحدهم أعطى ثلاثة أمثال نصيب أحدهم، وقال أبو ثور: يعطى أربعة أمثاله وهذا غلط لأن الضعف عبارة عن الشيء ومثله فوجب أن يكون الضعفان عبارة عن الشيء ومثليه.

فصل: فإن وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه وأجاز الورثة قسم المال بينهما على خمسة للموصى له بالثلث سهمان وللموصى له بالنصف ثلاثة أسهم، فإن لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على خمسة على ما ذكرناه لأن ما قسم على التفاضل عند اتساع المال قسم على التفاضل عند ضيق المال كالمواريث والمال بين الغرماء، فإن أوصى لرجل

قوله: **(أعيلت الفريضة)** قال أبو عبيد أظنه مأخوذاً من الميل وذلك أن الفريضة إذا

بجميع ماله ولآخر بثلثه وأجاز الورثة قسم المال بينهما على أربعة للموصى له بالجميع ثلاثة أسهم، وللموصى له بالثلث منهم، لأن السهام في الوصايا كالسهام في المواريث ثم السهام في المواريث إذا زادت على قدر المال **أعيلت الفريضة** بالسهم الزائد فكذلك في الوصية، فإن لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على ما قسم الجميع.

فصل: فإن قال أعطوه رأساً من رقيقي ولا رقيق له أو قال أعطوه عبدي الحبشي وله عبد سندي أو عبدي الحبشي وسماه باسمه ووصفه بصفة من بياض أو سواد وعنده حبشي يسمى بذلك الاسم ومخالف له في الصفة، فالوصية باطلة لأنه وصى له بما لا يملكه فإن كان له رقيق أعطى منه واحداً سليماً كان أو معيباً لأنه لا عرف في هبة الرقيق فحمل على ما يقع عليه الاسم، فإن مات ماله من الرقيق بطلت الوصية لأنه فات ما تعلقت به الوصية من غير تفريط، فإن قتلوا فإن كان قبل موت الموصي بطلت الوصية لأنه جاء وقت الوجوب ولا رقيق له، فإن قتلوا بعد موته وجبت له قيمة واحد منهم لأنه بدل ما وجب له.

فصل: فإن وصى بعتق عبد أعتق عنه ما يقع عليه الاسم لعموم اللفظ، ومن أصحابنا من قال لا يجزي إلا ما يجزي في الكفارة لأن العتق في الشرع له عرف، وهو ما يجزي في الكفارة فحملت الوصية عليه، فإن وصى أن يعتق عنه رقبة فعجز الثلث عنها ولم تجز الورثة أعتق قدر الثلث من الرقبة لأن الوصية تعلقت بجميعها، فإذا تعذر الجميع بقي في قدر الثلث فإن وصى أن يعتق عنه رقاب أعتق ثلاثة لأن الرقاب جمع وأقله ثلاثة، فإن عجز الثلث عن الثلاثة أعتق عنه ما أمكن فإن اتسع الثلث لرقبتين، وتفضل شيء فإن لم يمكن أن يشتري بالفضل بعض الثالثة زيد في ثمن الرقبتين، وإن أمكن أن يشتري به بعض الثالثة ففيه وجهان: أحدهما يزاد في ثمن الرقبتين، لما روي أن النبي ﷺ سئل عن أفضل الرقاب، فقال أكثرها ثمناً وأنفسها عند أهلها، والثاني أنه يشتري به بعض الثالثة لقوله ﷺ: «من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار»[1]، ولأن ذلك أقرب إلى العدد الموصى به.

فصل: فإن قال أعتقوا عبداً من عبيدي وله خنثى حكم له بأنه رجل ففيه وجهان:

عالت فهي تميل على أهل الفريضة جميعاً فتنتقصهم.

قوله: (**أعطوه دابة**) أصل الدابة ما يدب على الأرض قال الله تعالى: ﴿خلق كل دابة

---

(١) رواه البخاري في كتاب الكفارات باب ٦. مسلم في كتاب العتق حديث ٢٢، ٢٣. أبو داود في كتاب العتق باب ١٣. أحمد في مسنده (٢/ ٤٢٠).

أحدهما أنه يجوز لأنه محكوم بأنه عبد، والثاني لا يجوز لأن اسم العبد لا ينصرف إليه. فإن قال أعتقوا أحد رقيقي وفيهم خنثى مشكل فقد روى الربيع فيمن وصى بكتابة أحد رقيقه أنه لا يجوز الخنثى المشكل. وروى المزني أنه يجوز فمن أصحابنا من قال يجوزكما نقله المزني لأنه من الرقيق، ومنهم من قال لا يجوز كما نقله الربيع لأن إطلاق اسم الرقيق لا ينصرف إلى الخنثى المشكل.

فصل: فإن قال أعطوه شاة جاز أن يدفع إليه الصغير والكبير والضأن والمعز لأن اسم الشاة يقع عليه، ولا يدفع إليه تيس ولا كبش على المنصوص. ومن أصحابنا من قال: يجوز الذكر والأنثى لأن الشاة اسم للجنس يقع على الذكر والأنثى كالإنسان يقع على الرجل والمرأة، فإن قال: أعطوه شاة من غنمي، والغنم إناث لم يدفع إليه ذكر، فإن كانت ذكوراً لم يدفع إليه أنثى لأنه أضاف إلى المال، وليس في المال غيره، فإن كانت غنمه ذكوراً وإناثاً فعلى ما ذكرنا من الخلاف فيه إذا أوصى بشاة ولم يضف إلى المال، فإن قال أعطوه ثوراً لم يعط بقرة، فإن قال أعطوه جملاً لم يعط ناقة، فإن قال أعطوه بعيراً فالمنصوص أنه لا يعطى ناقة، ومن أصحابنا من قال يعطى لأن البعير كالإنسان يقع على الذكر والأنثى، فإن قال أعطوه رأساً من الإبل أو رأساً من البقر أو رأساً من الغنم جاز الذكر والأنثى لأن ذلك اسم للجنس.

فصل: فإن قال أعطوه دابة فالمنصوص أنه يعطى فرساً أو بغلاً أو حماراً، واختلف أصحابنا فيه، فقال أبو العباس: هذا ما قاله على عادة أهل مصر فإن الدواب في عرفهم الأجناس الثلاثة، فإن كان الموصي بمصر أعطى واحداً من الثلاثة، وإن كان في غيرها لم يعط إلا الفرس لأنه لا تطلق الدابة في سائر البلاد إلا على الفرس، وقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة: يعطى واحداً من الثلاثة في جميع البلاد لأن اسم الدواب يطلق على الجميع، فإن قال أعطوه دابة من دوابي وليس عنده إلا واحد من الثلاثة أعطى منه لأنه أضاف إلى ماله وليس له غيره، فإن قال: أعطوه دابة ليقاتل عليها العدو لم يعط إلا فرساً فإن قال ليحمل عليه لم يعط إلا بغلاً أو حماراً، فإن قال لينتفع بنسله لم يعط إلا فرساً أو حماراً لأن القرينة دلت على ما ذكرناه.

فصل: فإن وصى بكلب ولا كلب له فالوصية باطلة لأنه ليس عنده كلب ولا يمكن أن يشتري فبطلت الوصية، فإن قال أعطوه كلباً من كلابي وعنده كلاب لا ينتفع بها بطلت الوصية لأن ما لا منفعة فيه من الكلاب لا يحل اقتناؤه، فإن كان ينتفع بها أعطى واحداً منها إلا أن يقرن به قرينة من صيد أو حفظ زرع فيدفع إليه ما دلت عليه القرينة، فإن كان

من ماء﴾ [النور: ٤٥] وأما الدابة التي تركب فإن هذا الاسم وقع اصطلاحاً وعادة لا حقيقة

له ثلاثة كلاب ولا مال له فأوصى بجميعها ولم تجز الورثة ردت إلى الثلث، وفي كيفية الرد وجهان: أحدهما يدفع إليه من كل كلب ثلثه كسائر الأعيان. والثاني يدفع إليه أحدها وتخالف سائر الأعيان لأن الأعيان تقوم وتختلف أثمانها والكلاب لا تقوم فاستوى جميعها، وفيما يأخذ وجهان: أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه يأخذ واحداً منها بالقرعة. والثاني يعطيه الوارث ما شاء منها. فإن كان له كلب واحد فوصى به ولم تجز الورثة ولم يكن له مال أعطى ثلثه، فإن كان له مال ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يدفع الجميع إلى الموصى له لأن أقل المال خير من الكلب، فأمضيت الوصية فيه كما لو أوصى له بشاة وله مال تخرج الشاة من ثلثه. والثاني وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنه يدفع إليه ثلث الكلب لأنه لا يجوز أن يحصل للموصى له شيء إلا ويحصل للورثة مثلاه ولا يمكن اعتبار الكلب من ثلث المال لأنه لا قيمة له فاعتبر بنفسه.

فصل: وإن وصى له بطبل من طبوله وليس له إلا طبول الحرب أعطى واحداً منها؛ وإن لم يكن له إلا طبول اللهو نظرت، فإن لم يصلح وهو طبل لغير اللهو، وإن فصل لمباح لم يقع عليه اسم الطبل فالوصية باطلة لأنه وصية بمحرم، وإن كان يصلح لمنفعة مباحة مع بقاء الاسم جازت الوصية لأنه يمكن الانتفاع به في مباح، وإن كان له طبل حرب وطبل لهو ولم يصلح طبل اللهو لغير اللهو أعطي طبل الحرب، لأن طبل اللهو لا تصح الوصية به فيصير كالمعدوم، وإن كان يصلح لمنفعة مباحة أعطاه الوارث ما شاء منهما.

فصل: فإن وصى بعود من عيدانه وعنده عود اللهو وعود القوس وعود البناء كانت الوصية بعود اللهو لأن إطلاق الاسم ينصرف إليه، فإن كان عود اللهو يصلح لمنفعة مباحة دفع إليه ولا يدفع معه الوتر **والمضراب** لأن اسم العود يقع من غير وتر ولا مضراب، وإن كان لا يصلح لغير اللهو فالوصية باطلة لأنه وصية بمحرم، ومن أصحابنا من قال: يعطى من عود القوس والبناء لأن المحرم كالمعدوم كما قلنا فيمن وصى بطبل من طبوله وعنده طبل حرب وطبل لهو أنه يجعل الوصية في طبل الحرب ويجعل طبل اللهو كالمعدوم والمذهب أنه لا يعطى شيئاً لأن العود لا يطلق إلا على عود اللهو والطبل يطلق على طبل اللهو وطبل الحرب، فإذا بطل في طبل اللهو حمل على طبل الحرب، فإن قال أعطوه

قوله: **(وعود البناء)** هي الأخشاب التي يسقف بها وبنى عليها فوق الأبواب وغير ذلك قوله: **(المضراب)** هو الآلة التي يحرك بها الوتر وقد يكون من فضة وذهب وخشب وسوى ذلك قوله: **(والجلاهق)** فارسية وهي قوس البندق كما ذكر يرمي عنها الطير بالطين المدور. وأصله

عوداً من عيداني وليس عنده إلا عود القوس أو عود البناء أعطي منها لأنه أضاف إلى ما عنده وليس عنده سواه.

فصل: فإن وصى له بقوس كانت الوصية بالقوس الذي يرمي عنه النبل والنشاب دون قوس الندف **والجلاهق** وهو قوس البندق لأن إطلاق الاسم ينصرف إلى ما يرمي عنه ولا يعطى معه الوتر، ومن أصحابنا من قال: يعطى معه الوتر لأنه لا ينتفع به إلا مع الوتر والصحيح أنه لا يعطى لأن الاسم يقع عليه من غير وتر، فإن قال: أعطوه قوساً من قسيي وليس عنده إلا قوس الندف أو قوس البندق أعطي مما عنده لأنه أضاف إلى ما عنده وليس عنده سواه، وإن كان عنده قوس البندق وقوس الندف أعطي قوس البندق لأن الاسم إليه أسبق.

فصل: فإن وصى بعتق مكاتبه أو بالإبراء مما عليه اعتبر من الثلث أقل الأمرين من قيمته أو مال الكتابة لأن الإبراء عتق، والعتق إبراء فاعتبر أقلهما وألغي الآخر، فإن احتملهما الثلث عتق وبرىء من المال، وإن لم يحتمل شيئاً منه لديوان عليه بطلت الوصية وأخذ المكاتب بأداء جميع ما عليه، فإن أدى عتق وإن عجز رق وتعلق به حق الغرماء والورثة، فإن احتمل الثلث بعض ذلك مثل أن يحتمل النصف من أقل الأمرين عتق نصفه وبقي نصفه على الكتابة، فإن أدى عتق وإن عجز رق، وإن احتمل الثلث أحدهما دون الآخر اعتبر الأقل فعتق به، فإن لم يكن له مال غير العبد نظر، فإن كان قد حل عليه مال الكتابة عتق ثلثه في الحال وبقي الباقي على الكتابة إن أدى عتق وإن عجز رق، وإن لم يحل عليه مال الكتابة ففيه وجهان: أحدهما لا يتعجل عتق شيء منه لأنه يحصل للموصى له الثلث، ولم يحصل للورثة مثلاه وهذا لا يجوز كما لو أوصى بالثلث وله مال حاضر ومال غائب فإنه لا تمضي الوصية في شيء حتى يحصل للورثة مثلاه، والثاني وهو ظاهر المذهب أنه يتعجل عتق ثلثه ويقف الثلثان على العتق بالأداء أو الرق بالعجز، لأن الورثة على يقين من الثلثين إما بالأداء وإما بالعجز بخلاف ما لو كان له مال حاضر ومال غائب لأنه ليس على يقين من سلامة الغائب.

فصل: فإن قال ضعوا عن مكاتبي أكثر ما عليه وضع عنه النصف وشيء لأنه هو الأكثر، فإن قال **ضعوا عنه** ما شاء من كتابته فشاء الجميع فقد روى الربيع رحمه الله أنه يوضع عنه الجميع إلا شيئاً وروى المزني أنه إذا قال ضعوا عنه ما شاء فشاءها كلها وضع الجميع إلا شيئاً فمن أصحابنا من قال الصحيح ما رواه الربيع لأن قوله من كتابته يقتضي

بالفارسية جلة وهو كبة غزال والكبير جلهاقة. وبها سمى الحائط قوله: **(ضعوا عنه)** أي حطوا عنه لأن الحط والوضع معناهما واحد.

التبعيض، وما رواه المزني خطأ في النقل والذي يقتضيه أن يوضع عنه الكل إذا شاء لأن قوله ما شاء عدم في الكل والبعض، وقال أبو إسحاق: ما نقله الربيع صحيح على ما ذكرناه، وما نقله المزني أيضاً صحيح فإنه يقتضي أن يبقى من الكل شيء لأنه لو أراد وضع الجميع لقال ضعوا عنه مال الكتابة، فلما علقه على ما شاء دل على أنه لم يرد الكل. فإن قال ضعوا عنه ما قل وما كثر وضع الوارث عنه ما شاء من قليل وكثير لأنه ما من قدر إلا وهو قليل بالإضافة إلى ما هو أكثر وكثير بالإضافة إلى ما هو أقل منه فإن قال ضعوا عنه أكثر نجومه وضع عنه أكثرها مالاً لأن إطلاق الأكثر ينصرف إلى كثرة المال دون طول المدة، فإن قال ضعوا عنه أوسط النجوم واجتمع نجومه أوسط في القدر وأوسط في المدة، وأوسط في العدد كان للوارث أن يضع أي الثلاثة شاء لأن الوسط يقع على الثلاثة فإن استوى الجميع في المدة والقدر وضع عنه الأوسط في العدد، فإن كانت النجوم ثلاثة وضع عنه الثاني، فإن كانت أربعة وضع عنه الثاني والثالث، فإن كانت خمسة وضع عنه الثالث وعلى هذا القياس.

فصل: وإن كاتب عبده كتابة فاسدة ثم أوصى لرجل بما في ذمته لم تصح الوصية لأنه لا شيء له في ذمته فصار كما لو وصى بمال في ذمة حر ولا شيء له في ذمته، وإن وصى له بما يقبضه منه صحت الوصية لأنه أضاف إلى مال يملكه، فصار كما لو وصى له برقبة مكاتب إذا عجزه وفي هذا عندي نظر لأنه لا يمكله بالقبض، وإنما يعتق بحكم الصفة كما يعتق بقبض الخمر إذا كاتبه عليه ثم لا يملكه، وإن وصى برقبته والكتابة فاسد نظرت؛ فإن لم يعلم بفساد الكتابة ففيه قولان: أحدهما أن الوصية جائزة لأنها صادفت ملكه، والثاني أنها باطلة لأنه وصى وهو يعتقد أنه يملك الوصية. وإن وصى بها وهو يعلم أن الكتابة فاسدة صحت الوصية قولاً واحداً كما لو باع من رجل شيئاً بيعاً فاسداً ثم باعه من غيره وهو يعلم فساد البيع الأول ومن أصحابنا من قال: القولان في الجميع ويخالف البيع فإن فاسده لا يجري مجرى الصحيح في الملك وفي الكتابة الفاسدة كالصحيح في العتق والصحيح هو الطريقة الأولى.

فصل: وإن وصى بحج فرض من رأس المال حج عنه من الميقات لأن الحج من الميقات وما قبله سبب إليه فإن وصى به من الثلث ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه يحج عنه من بلده فإن عجز الثلث عنه تمم من رأس المال لأنه يجب عليه الحج من بلده، والثاني وهو قول أكثر أصحابنا أنه من الميقات لأن الحج يجب بالشرع من الميقات فحملت الوصية عليه، وإن أوصى أن يجعل جميع الثلث في الحج الفرض

. . . .

حج عنه من بلده وإن عجز الثلث عن ذلك حج عنه من حيث أمكن من طريقه، وإن عجز عن الحج من الميقات تمم من رأس المال ما يحج من الميقات لأن الحج من الميقات مستحق من رأس المال، وإنما جعله من الثلث توفيراً على الورثة، فإذا لم يف الثلث بالجميع بقي فيما لم يف من رأس المال.

فصل: وإن أوصى بحج التطوع وقلنا إنه تدخله النيابة نظرت؛ فإن قال أحجوا بمائة من ثلثي حج عنه من حيث أمكن وإن لم يوجد من يحج بهذا القدر بطلت الوصية وعاد المال إلى الورثة لأنها تعذرت فبطلت كما لو أوصى لرجل بمال فرده، وإن قال أحجوا عني بثلثي صرف الثلث فيما أمكن من عدد الحجج فإن اتسع المال لحجة أو حجتين وفضل مالا يكفي لحجة أخرى من بلده حج من حيث أمكن من دون بلده إلى الميقات، فإن عجز الفضل عن حجة من الميقات رد الفضل إلى الورثة، وإن أمكن أن يعتمر به لم يفعل لأن الموصى له هو الحج دون العمرة، فإن قال أحجوا عني حج عنه بأجرة المثل من حيث أمكن من بلده إلى الميقات فإن عجز الثلث عن حجة من الميقات بطلت الوصية لما ذكرناه.

فصل: وإن وصى أن يحج عنه بمائة ويدفع ما يبقى من الثلث إلى آخر، وأوصى بالثلث لثالث فقد وصى بثلثي ماله، فإن كان الثلث مائة سقطت وصيته للموصى له بالباقي لأن وصيته فيما يبقى بعد المائة ولم يبق شيء، فإن أجاز الورثة دفع إلى الموصى له بالثلث ثلثه وهو مائة وإلى الموصى له بالمائة مائة، وإن لم يجيزوا قسم الثلث بين الموصى له بالثلث وبين الموصى له بالمائة نصفين لأنهما اتفقا في قدر ما يستحقان وهو المائة، فإن كان الثلث أكثر من مائة وأجاز الورثة دفع الثلث إلى الموصى له بالثلث، ودفع مائة إلى الموصى له بالمائة، ودفع ما بقي إلى الموصى له بالباقي، وإن لم يجيزوا ما زاد على الثلث ردت الوصية إلى نصفها وهو الثلث، فيدفع إلى الموصى له بالثلث نصف الثلث، وفي النصف الآخر وجهان: أحدهما يقدم فيه الموصى له بالمائة، ولا يدفع إلى الموصى له بالباقي شيء حتى يأخذ الموصى له بالمائة حقه لأنه وإن كان قد اعتد به مع الموصى له بالمائة في إحراز الثلث إلا أن حقه فيما يبقى بعد المائة فلا يأخذ شيئاً قبل أن يستوفي الموصى له بالباقي ما يبقى. والوجه الثاني أن الموصى له بالمائة والموصى له بالباقي يقسمان النصف على قدر وصيتهما من الثلث، فإن كان مائتين اقتسما المائة نصفين لكل واحد منهما خمسون، وإن كان مائة وخمسين اقتسما الخمسة والسبعين

قوله: (**اعتد به**) افتعل من العدد أي جعله في عدد حسابه. وقوله إذا زاحمهم أي ضايقهم. والمزاحمة المضايقة.

أثلاثاً للموصى له بالمائة خمسون، وللموصى له بالباقي خمسة وعشرون وعلى هذا القياس لأنه إنما أوصى له بالمائة من كل الثلث لا من بعضه فلم يجز أن يأخذ من نصف الثلث ما كان يأخذ من جميعه كأصحاب المواريث إذا زاحمهم من له فرض أو وصية.

فصل: وإن بدأ فوصى بثلث ماله لرجل ثم وصى لمن يحج عنه بمائة ووصى لآخر بما يبقى من الثلث ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي إسحاق إن الوصية بالباقي بعد المائة باطلة لأن الوصية بالثلث تمنع من أن يبقى شيء من الثلث فعلى هذا إن أجاز الورثة نفذت الوصيتان، وإن لم يجيزوا ردت الوصية إلى الثلث، فإن كان الثلث مائة استوت وصيتهما فيقتسمان الثلث بينهما نصفين، وإن كان الثلث خمسمائة قسم الثلث بينهما على ستة أسهم للموصى له بالثلث خمسة أسهم وللموصى له بالمائة سهم. فإن كان الثلث ألفاً قسم على أحد عشر سهماً للموصى له بالثلث عشرة أسهم وللموصى له بالمائة سهم والوجه الثاني وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة إن الحكم في هذه المسألة كالحكم في المسألة قبلها لأنه إذا أوصى بالمائة بعد الثلث علم أنه لم يرد ذلك الثلث لأن الوصية الأولى قد استوعبته وإنما أراد ثلثاً ثانياً فإذا أوصى بعد المائة بما يبقى من الثلث دل على أنه أراد ما يبقى من الثلث الثاني فصار موصياً بثلثي ماله كالمسألة قبلها.

فصل: وإن وصى لرجل بعبد ولآخر بما بقي من الثلث قوم العبد مع التركة بعد موت الموصى، فإن خرج من الثلث دفع إلى الموصى له فإن بقي من الثلث شيء دفع إلى الآخر، وإن لم يبق شيء بطلت الوصية بالباقي لأن وصيته فيما بقي. وإن أصاب العبد عيب بعد موت الموصي قوم سليماً ودفع إلى الموصى له بالباقي لأنه وصى له بالباقي من قيمته وهو سليم، وإن مات العبد بعد موت الموصي بطلت الوصية فيه وقوم وقت الموت مع التركة ودفع إلى الموصى له الباقي من الثلث لأنهما وصيتان فلا تبطل إحداهما ببطلان الأخرى كما لو وصى لرجلين فرد أحدهما.

فصل: فإن وصى له بمنفعة عبد ملك الموصى له منافعه واكتسابه فإن كان جارية ملك مهرها لأنه بدل منفعتها ولا يجوز للمالك وطؤها لأنه تملك الرقبة من غير منفعة، ولا للموصى له وطؤها لأنها تملك المنفعة من غير الرقبة، والوطء لا يجوز إلا في ملك تام، ويجوز تزويجها لاكتساب المهر وفيمن يملك العقد ثلاثة أوجه: أحدها يملكه الموصى له بالمنفعة لأن المهر له، والثاني يملكه المالك لأنه يملك رقبتها. والثالث لا يصح العقد إلا باتفاقهما لأن لكل واحد منهما حقاً فلا ينفرد به أحدهما دون الآخر، فإن

. . . .

أتت بولد مملوك ففيه وجهان: أحدهما أنه للموصى له لأنه من جملة فوائدها فصار كالكسب، والثاني أنه كالأم رقبته للمالك ومنفعته الموصى له لأنه جزء من الأم فكان حكمه حكم الأم، فإن قتل ففي قيمته وجهان: أحدهما أنها للمالك لأنها بدله فكانت له، والثاني وهو الصحيح أنه يشتري به مثله للمالك رقبته وللموصى له منفعته لأنه قائم مقام الأصل فكان حكمه حكم الأصل. فإن جنى على طرفه ففي أرشه وجهان: أحدهما أنه للمالك لأنه بدل ملكه والثاني وهو الصحيح أن ما قابل منه ما نقص من قيمة الرقبة للمالك وما قابل منه ما نقص من المنفعة للموصى له لأنه دخل النقص عليهما فقسط الأرش عليهما، فإن احتاج العبد إلى نفقة ففيه ثلاثة أوجه: أحدها وهو قول أبي سعيد الإصطخري أن النفقة على الموصى له بالمنفعة لأن الكسب له، والثاني أنها على المالك وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لأن النفقة على الرقبة فكانت على مالكها، والثالث أنها في كسبه فإن لم يف الكسب ففي بيت المال لأنه لا يمكن إيجابها على المالك لأنه لا يملك الإنتفاع ولا على الموصى له لأنه لا يملك الرقبة فلم يبق إلا ما قلناه فإن احتاج البستان الموصى بثمرته إلى سقي أو الدار الموصى بمنفعتها إلى عمارة لم يجب على واحد منهما لأنه لو انفرد كل واحد منهما بملك الجميع يجبر على الإنفاق فإذا اشتركا لم يجب.

فصل: فإن أراد المالك بيع الرقبة ففيه ثلاثة أوجه: أحدها أنه يجوز لأنه يملكها ملكاً تاماً، والثاني أنه لا يجوز لأنها عين مسلوبة المنفعة فلم يجز بيعها كالأعيان التي لا منفعة فيها، والثالث يجوز بيعها من الموصى له لأنه يمكنه الإنتفاع بها ولا يجوز من غيره لأنه لا يمكنه الإنتفاع بها فإن أراد أن يعتقه جاز لأنه يملكه ملكاً تاماً، وللموصى له أن يستوفي المنفعة بعد العتق لأنه تصرف في الرقبة فلم يبطل به حق الموصى له من المنفعة، ولا يرجع العبد على المالك بأجرته كما يرجع العبد المستأجر على مولاه بعد العتق في أحمد القولين لأن هناك ملك المولى بدل منفعته ولم يملك المولى ههنا بدل المنفعة.

باب الرجوع في الوصية

يجوز الرجوع في الوصية لأنها عطية لم تزل الملك فجاز الرجوع فيها كالهبة قبل القبض، ويجوز الرجوع بالقول والتصرف لأنه فسخ عقداً قبل إتمامه فجاز بالقول والتصرف كفسخ البيع في مدة الخيار وفسخ الهبة قبل القبض، وإن قال هو حرام عليه فهو رجوع لأنه لا يجوز أن يكون وصية له وهو محرم عليه، فإن قال لوارثي فهو رجوع

. . . .

لأنه لا يجوز أن يكون للوارث وللموصى له، وإن قال هو تركتي ففيه وجهان: أحدهما أنه رجوع لأن التركة للورثة، والثاني أنه ليس برجموع لأن الوصية من جملة التركة.

فصل: وإن وصى لرجل بعبد ثم وصى به لآخر لم يكن ذلك رجوعاً لإمكان أن يكون نسي الأول أو قصد الجمع بينهما، فإن قال ما وصيت به لفلان فقد وصيت به لآخر فهو رجوع، ومن أصحابنا من قال: ليس برجوع كالمسألة قبلها والمذهب الأول لأنه صرح بالرجوع.

فصل: وإن باعه أو وهبه وأقبض أو أعتقه أو كاتبه أو أوصى أن يباع أو يوهب ويقبض أو يعتق أو يكاتب فهو رجوع لأنه صرفه عن الموصى له، وإن عرضه للبيع أو رهنه في دين أو وهبه ولم يقبضه فهو رجوع لأن تعريضه لزوال الملك، صرف عن الموصى له، ومن أصحابنا من قال إنه ليس برجوع لأنه لم يزل الملك وليس بشيء، وإن وصى بثلث ماله ثم باع ماله لم يكن ذلك رجوعاً لأن الوصية بثلث المال عند الموت إلا بثلث ما باعه، فإن وصى بعبد ثم دبره، فإن قلنا إن التدبير عتق بصفة كان ذلك رجوعاً لأنه عرضه لزوال الملك، وإن قلنا إنه وصية وقلنا في أحد القولين إن العتق يقدم على سائر الوصايا كان ذلك رجوعاً لأنه أقوى من الوصية فأبطلها، وإن قلنا إن العتق كسائر الوصايا ففيه وجهان: أحدهما أنه ليس برجوع فيكون نصفه مدبراً ونصفه موصى به كما لو أوصى به لرجل ثم وصى به لآخر. والثاني أنه رجوع لأن التدبير أقوى لأنه يتنجز من غير قبول والوصية لا تتم إلا بالقبول فقدم التدبير كما يقدم ما تنجز في حياته من التبرعات على الوصية.

فصل: وإن وصى له بعبد ثم زوجه أو أجره أوعلمه صنعة أو ختنه لم يكن ذلك رجوعاً لأن هذه التصرفات لا تنافي الوصية، فإن كانت جارية فوطئها لم يكن ذلك رجوعاً لأنه استيفاء منفعة فلم يكن رجوعاً كالاستخدام، وقال أبو بكر بن الحداد المصري إن عزل عليها لم يكن رجوعاً، وإن لم يعزل عنها كان رجوعاً لأنه قصد التسري بها.

فصل: وإن وصى بطعام معين فخلطه بغير كان ذلك رجوعاً لأنه جعله على صفة لا يمكن تسليمه، فإن وصى بقفيز من صبرة ثم خلط الصبرة بمثلها لم يكن ذلك رجوعاً لأن الوصية مختلطة بمثلها والذي خلط به مثله فلم يكن رجوعاً، فإن خلطه بأجود منه كان رجوعاً لأنه أحدث فيه بالخلط زيادة لم يرض بتمليكها، فإن خلطه بما دونه ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنه ليس برجوع لأنه نقص حدثه فيه فلم يكن رجوعاً كما لو أخلف بعضه، والثاني أنه رجوع لأنه يتغير بما دونه كما يتغير بما هو أجود

. . . .

منه، فإن نقله إلى بلد أبعد من بلد الموصى له ففيه وجهان: أحدهما أنه رجوع لأنه لو لم يرد الرجوع لما أبعده عنه. والثاني أنه ليس برجوع لأنه باق على صفته.

فصل: فإن وصى بحنطة فقلاها أو بذرها كان ذلك رجوعاً لأنه جعله كالمستهلك، وإن وصى بحنطة فطحنها أو بدقيق فعجنه أو بعجين فخبزه كان ذلك رجوعاً لأنه أزال عنه الإسم ولأنه جعله للإستهلاك. وإن وصى له بخبز فجعله فتيتاً ففيه وجهان: أحدهما أنه رجوع لأنه أزال عنه إطلاق اسم الخبز فأشبه إذا ثرده، والثاني ليس برجوع لأن الإسم باق عليه لأنه يقال خبز مدقوق، وإن وصى برطب فجعله تمراً ففيه وجهان: أحدهما أنه رجوع لأنه أزال عنه اسم الرطب، والثاني ليس برجوع لأنه أبقى له وأحفظ على الموصى له.

فصل: وإن وصى بقطن فغزله أو بغزل فنسجه كان ذلك رجوعاً لأنه أزال عنه الإسم، وإن أوصى له بقطن فحشى به فراشاً ففيه وجهان: أحدها رجوع لأنه جعله للإستهلاك، والثاني ليس برجوع لأن الإسم باق عليه.

فصل: وإن أوصى له بثوب فقطعه أو بشاة فذبحها كان رجوعاً لأنه أزال عنه الإسم ولأنه جعله للإستهلاك، وإن وصى له بالحم فطبخه أو شواه كان ذلك رجوعاً لأنه جعله للأكل، وإن قدده ففيه وجهان كما قلنا في الرطب إذا جعله تمراً.

فصل: وإن وصى له بثوب فقطعه قميصاً أو بساج فجعله باباً ففيه وجهان: أحدهما أنه رجوع لأنه أزال عنه إطلاق اسم الثوب والساج ولأنه جعله للإستعمال. والثاني أنه ليس برجوع لأن اسم الثوب والساج باق عليه.

فصل: وإن وصى بدار فهدمها كان رجوعاً لأنه تصرف أزال به الإسم فكان رجوعاً كما لو وصى بحنطة فطحنها، وإن تهدمت نظرت فإن لم يزل عنها اسم الدار فالوصية باقية فيما بقي وأماما انفصل عنها فالمنصوص أنه خارج من الوصية لأنه انفصل عن الموصى به في حياة الموصى وحكى القاضي أبو القاسم ابن كج رحمه الله وجهاً آخر أنه للموصى له لأنه تناولته الوصية فلم يخرج منها بالإنفصال، وإن زال عنها اسم الدار ففي الباقي من العرصة وجهان: أحدهما أنه تبطل فيه الوصية لأنه أزال عنها اسم الدار، والثاني لا تبطل لأنه لم يوجد من جهته ما يدل على الرجوع.

فصل: وإن وصى له بأرض فزرعها لم يكن ذلك رجوعاً لأنه لا يراد للبقاء وقد يحصل قبل الموت فلم يكن رجوعاً، وإن غرسها أو بنى فيها ففيه وجهان: أحدهما أنه رجوع لأنه جعلها لمنفعة مؤبدة فدل على الرجوع. والثاني ليس برجوع لأنه استيفاء منفعة فهو كالزراعة، فعلى هذا في موضع الأساس وقرار الغراس وجهان: أحدهما أنه لا تبطل

. . . .

فيه الوصية كالبياض الذي بينهما فإذا مات الغراس أو زال البناء عاد إلى الموصى له. والثاني أنه تبطل الوصية فيه لأنه جعله تابعاً لما عليه.

فصل: وإن أوصى له بسكني دار سنة فأجرها دون السنة لم يكن ذلك رجوعاً لأنه قد تنقضي الإجارة قبل الموت، فإن مات قبل انقضاء الإجارة ففيه وجهان: أحدهما يسكن مدة الوصية بعد انقضاء الإجارة، والثاني أنه تبطل الوصية بقدر ما بقي من مدة انقضاء الإجارة وتبقى في مدة الباقي.

باب الأوصياء

لا تجوز الوصية إلا إلى بالغ عاقل حر عدل، فأما الصبي والمجنون والعبد الفاسق فلا تجوز الوصية إليهم لأنه لا حظ للميت ولا للطفل في نظر هؤلاء ولهذا لم تثبت لهم الولاية، وأما الكافر فلا تجوز الوصية إليه في حق المسلم لقوله عز وجل ﴿لا تتخذوا **بطانة من دونكم لا يألونكم** خبالاً ودُّوا ما عنتم﴾ [آل عمران: ١١٨] ولأنه غير مأمون على المسلم، ولهذا قال الله تعالى: ﴿لا يرقبون في مؤمن إلاً ولاذمة﴾ [التوبة: ٨] وفي جواز الوصية إليه في حق الكافر وجهان: أحدهما أنه يجوز لأنه يجوز أن يكون ولياً له فجاز أن يكون وصياً له كالمسلم، والثاني لا يجوز كما لا تقبل شهادته للكافر والمسلم.

فصل: وتجوز الوصية إلى المرأة لما روي أن عمر رضي الله عنه وصى إلى ابنته حفصة في صدقته ما عاشت، فإذا ماتت فهو إلى ذوي الرأي من أهلها، ولأنها من أهل الشهادة فجازت الوصية إليها كالرجل، واختلف أصحابنا في الأعمى فمنهم من قال: تجوز الوصية إليه لأنه من أهل الشهادة فجازت الوصية إليه كالبصير، ومنهم من قال: لا تجوز الوصية لأنه تفتقر الوصية إلى عقود لا تصح من الأعمى وفضل نظر لا يدرك إلاّ بالعين.

فصل: واختلف أصحابنا في الوقت الذي تعتبر فيه الشروط التي تصح بها الوصية إليه فمنهم من قال يعتبر ذلك عند الوفاة، فإن وصى إلى صبي فبلغ أو كافر فأسلم أو فاسق فصار عدلاً قبل الوفاة صحت الوصية، لأن التصرف بعدالموت فاعتبرت الشروط عنده كما تعتبر عدالة الشهود عند الأداء أو الحكم دون التحمل، ومنهم من قال تعتبر عند العقد وعند الموت ولا تعتبر فيما بينهما لأن حال العقد حال الإيجاب، وحال الموت حال التصرف، فاعتبر فيهما، ومنهم من قال: تعتبر في حال الوصية وفيما بعدها لأن كل

قوله: (**بطانة من دونكم لا يألونكم**) البطانة الخاص من الأصحاب. أبطنت الرجل إذا جعلته من خواصك كأنه يعلم بباطن أموره، ولا يألونكم لا يقصرون في الافساد بينكم ولا يبقون غاية في إلقائكم في الخبال، والخبال الفساد، ودوا ما عنتم ثم العنت ها هنا المشقة

وقت من ذلك يجوز أن يستحق فيه التصرف بأن يموت فاعتبرت الشروط في الجميع.

فصل: وإن وصى إلى رجل فتغير حاله بعد موت الوصي، فإن كان لضعف ضم إليه معين أمين، وإن تغير بفسق أو جنون بطلت الوصية إليه ويقيم الحاكم من يقوم مقامه.

فصل: ويجوز أن يوصي إلى نفسين لما روي أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ جعلت النظر في وقفها إلى علي كرم الله وجهه، فإن حدث به حدث رفعه إلى ابنيها فيليانها، ويجوز أن يجعل إليهما وإلى كل واحد منهما لأنه تصرف مستفاد بالإذن فكان **على حسب الإذن**، فإن جعل إلى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف، فإن ضعف أحدهما أو فسق أو مات جاز للآخر أن يتصرف ولا يقام مقام الآخر غيره لأن الموصي رضي بنظر كل واحد منهما وحده، فإن وصى إليهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف لأنه لم يرض بأحدهما، فإن ضعف أحدهما ضم إليه من يعينه، فإن فسق أحدهما أو مات أقام الحاكم من يقوم مقامه لأن الموصي لم يرض بنظره وحده، فإن أراد الحاكم أن يفوض الجميع إلى الثاني لم يجز لأنه لم يرض الموصي باجتهاده وحده، فإن ماتا أو فسقا فهل للحاكم أن **يفوض إلى واحد**؟ فيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه سقط حكم الوصية بموتهما وفسقهما فكان الأمر فيه إلى الحاكم، والثاني لا يجوز لأنه لم يرض بنظر واحد، وإن اختلف الوصيان في حفظ المال جعل بينهما نصفين فإذا بلغا إلى التصرف، فإن كان التصرف إلى كل واحد منهما تصرف كل واحد منهما في الجميع، وإن كان إليهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف دون الآخر.

فصل: ومن وصى إليه في شيء لم يصر وصياً في غيره ومن وصى إليه إلى مدة لم يصر وصياً بعد المدة لأنه تصرف بالإذن فكان على حسب الإذن.

فصل: وللوصي أن يوكل فيما لم تجربه العادة أن يتولاه بنفسه كما قلنا في الوكيل، ولا يجوز أن يوصي إلى غيره لأنه يتصرف بالإذن فلم يملك الوصية كالوكيل، فإن قال أوصيت إليك، فإن مت فقد أوصيت إلى فلان صح لأن عمر رضي الله عنه وصى إلى حفصة، فإذا ماتت فإلى ذوي الرأي من أهلها، ووصت فاطمة رضي الله عنها إلى علي كرم الله وجهه فإذا مات فإلى ابنيها ولأنه علق وصية التالي على شرط، فصار كما لو قال: وصيت إليك شهراً، ثم قال إلى فلان فإن أوصى إليه وأذن له أن يوصي إلى من يرى فقد

﴿لا يرقبون في مؤمن إلا ولا ذمة﴾ [التوبة: ٨] لا يراعون ولا ينتظرون، والإل العهد وقيل القرابة قوله: (**على حسب الإذن**) محرك أي قدر الإذن قوله: (**يفوض إلى واحد**) يقال فوض إليه الأمر رده وجعله إلى نظره وتصرفه.

قال في الوصايا لا يجوز، وقال في اختلاف العراقيين يجوز، فمن أصحابنا من قال يجوز قولاً واحداً لأنه ملك الوصية والتصرف في المال، فإذا جاز أن ينقل التصرف في المال إلى الوصي جاز أن ينقل الوصية إليه، وما قال في الوصايا أراد إذا أطلق الوصية، ومنهم من قال فيه قولان: أحدهما يجوز لما ذكرناه، والثاني لا يجوز لأنه يعقد الوصية عن الموصي في حال لا ولاية له فيه، وإن وصى إليه وأذن له أن يوصي بعد موته إلى رجل بعينه ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه قطع اجتهاده فيه بالتعيين، والثاني أنه كالمسألة الأولى لأن علة المسألتين واحدة.

فصل: ولا تتم الوصية إليه إلاّ بالقبول لأنه وصية فلا تتم إلا بالقبول كالوصية له وفي وقت القبول وجهان: أحدهما يصح القبول في الحال، وفي الثاني لأنه أذن له في التصرف فصح القبول في الحال، وفي الثاني كالوكالة والثاني لا يصح إلا بعد الموت كالقبول في الوصية له.

فصل: وللموصي أن يعزل الوصي إذا شاء وللوصي أن يعزل نفسه متى شاء لأنه تصرف بالإذن لكل واحد منهما فسخه كالوكالة.

فصل: إذا بلغ الصبي واختلف هو والوصي في النفقة فقال الوصي أنفقت عليك، وقال الصبي لم تنفق عليّ فالقول قول الوصي لأنه أمين، وتعذر عليه إقامة البينة على النفقة، فإن اختلفا في قدر النفقة قال أنفقت عليك في كل سنة مائة دينار، وقال الصبي بل أنفقت عليّ خمسين ديناراً، فإن كان ما يدعيه الوصي النفقة بالمعروف فالقول قوله لأنه أمين، وإن كان أكثر من النفقة بالمعروف فعليه الضمان لأنه فرط في الزيادة، وإن اختلفا في المدة فقال الوصي أنفقت عشر سنين، وقال الصبي خمس سنين ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري إن القول قول الوصي كما لو اختلفا في قدر النفقة، والثاني وهو قول أكثر أصحابنا إن القول قول الصبي لأنه اختلاف في مدة الأصل عدمها.

فصل: وإن اختلفا في دفع المال إليه فادعى الوصي أنه دفعه إليه وأنكر الصبي ففيه وجهان: أحدهما وهو المنصوص أن القول قول الصبي لأنه لم يأتمنه على حفظ المال فلم يقبل قوله عليه كالمودع إذا ادعى دفع الوديعة إلى وارث المودع والملتقط إذا ادعى دفع اللقطة إلى مالكها، والثاني أن القول قول الوصي كما قلنا في النفقة.

فصل: ولا يلحق الميت مما يفعل عنه بعد موته بغير إذنه إلا دين يقضي عنه أو صدقة يتصدق بها عنه أو دعاء يدعى له فأما الدين فالدليل عليه ما روي أن امرأة من خثعم سألت رسول الله ﷺ عن الحج عن أبيها فأذن لها فقالت أينفعه ذلك؟ قال: نعم كما لو

. . . .

كان على أبيك دين فقضيته نفعه. وأما الصدقة فالدليل عليها ماروى ابن عباس أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ إن أمه توفيت أفينفعها أن أتصدق عنها؟ فقال: نعم. قال: **فإن لي مخرفاً** فأشهدك أني قد تصدقت به عنها. وأما الدعاء فالدليل عليه قوله عز وجل: ﴿والذين جاؤوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان﴾ [الحشر: ١٠] فأثنى الله عز وجل عليهم بالدعاء لإخوانهم من الموتى. وأما ما سوى ذلك من القرب كقراءة القرآن وغيرها فلا يلحق الميت ثوابها لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلاّ من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له»[1] واختلف أصحابنا فيمن مات وعليه كفارة يمين فأعتق عنه؛ فمنهم من قال لا يقع العتق عن الميت بل يكون للمعتق لأن العتق غير متحتم على الميت لأنه كان يجوز له تركه إلى غيره، فلم يقع عنه كما لو تطوع بالعتق عنه في غير الكفارة، ومنهم من قال: يقع عنه لأنه لو أعتق في حياته سقط به الفرض وبالله التوفيق.

قوله: **(قال فإن لي مخرفاً)** بفتح الميم وهو البستان والمخرف النخلة نفسها أيضاً.

---

(١) رواه مسلم في كتاب الوصية حديث ١٤. أبو داود في كتاب الوصية باب ١٤. النسائي في كتاب الوصايا باب ٨.

كتاب العتق

العتق قربة مندوب إليه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار حتى فرجه بفرجه»[1] ولا يصح إلا من مطلق التصرف في المال لأنه تصرف في المال كالبيع والهبة، فإن أعتق الموقوف عليه العبد الموقوف لم يصح عتقه لأنه لا يملكه في أحد القولين، ويملكه في الثاني إلا أنه يبطل به حق البطن الثاني فلم يصح، وإن أعتق المريض عبداً وعليه دين يستغرقه لم يصح لأن العتق في المرض وصية فلم يصح مع الدين وإن أعتق العبد الجاني فعلى ما ذكرناه في العبد المرهون.

فصل: ويصح **بالصريح** والكناية وصريحه العتق **والحرية** لأنه ثبت لهما عرف الشرع وعرف اللغة والكناية كقوله: سيبتك، وخليتك، وحبلك على غاربك، ولا سبيل لي عليك، ولا سلطان لي عليك، وأنت لله، وأنت طالق، وما أشبهها لأنها تحتمل العتق فوقع بها العتق مع النية. وفي قوله: فككت رقبتك وجهان أحدهما أنه صريح لأنه ورد به

من كتاب العتق

العتق مأخوذ من السبق، يقال: عتقت مني يمين أي سبقت. وعتقت الفرس إذا سبقت. وعتق فرخ الطائر إذا طار واستقل. وكأن المعتق خلي فذهب حيث شاء، ذكره القتيبي. يقال: عتق العبد يعتق عتاقاً وعتاقة وعتقاً فهو معتق وعتيق. ولا يقال معتوق. وخص الرقبة بالعتق والملك دون سائر الأعضاء لأن ملك العبد كالحبل في الرقبة وكالغل يحبس به كما تحبس الدابة بالحبل في عنقها، ولهذا كنوا بالحبل في العتق فقالوا: حبلك على غاربك، جعله بمنزلة البعير يطرح حبله على غاربه فيذهب حيث يشاء ولا يوثق. والغارب ما بين السنام والعنق قال الشاعر:

فلما عصيت العاذلين فلم أطع مقالتهم ألقوا على غاربي حبلي

قوله: (**بالصريح**) هو الخالص من كل شيء، وصريح العتق ضد الكناية التي ليست بلفظ خالص قوله: (**الحرية**) هي أيضاً بمعنى الخالص يقال طين حر أي خالص لا يحجر فيه وحر الرمل الذي لا تراب فيه يقال حر يحر بفتح الحاء في المستقبل مصدره الحرار والحرورية أيضاً بالفتح قال:

---

(١) رواه البخاري في كتاب الكفارات باب ٦. مسلم في كتاب العتق حديث ٢٢، ٢٣. الترمذي في كتاب النذور باب ١٤.

القرآن، قال الله سبحانه: ﴿فك رقبة﴾ [سورة البلد، الآية: ١٣] والثاني أنه كناية لأنه يستعمل في العتق وغيره، وإن قال لأمته أنت عليَّ كظهر أمي ونوى العتق ففيه وجهان أحدهما تعتق لأنه لفظ يوجب تحريم الزوجة فكان كناية في العتق كسائر الطلاق. والثاني لا تعتق لأنه لا يزيل الملك فلم يكن كناية في العتق بخلاف الطلاق.

فصل: وإن كان بين نفسين عبد فأعتق أحدهما نصيبه، فإن كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه وعتق، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد فإن كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوِّم عليه قيمة عدل **وأعطى شركاءه حصصهم** وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه ما رق». وإن كان بين مسلم وكافر عبد مسلم فأعتق الكافر حصته وهو موسر، فالمنصوص أنه يقوم عليه فمن أصحابنا من قال: إذا قلنا إن الكافر لا يملك العبد المسلم لم يقوم عليه، لأن التقويم يوجب التمليك، ومنهم من قال: يقوم عليه قولاً واحداً لأنه تقويم متلف، فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم المتلفات، ويخالف البيع لأن القصد منه التمليك، وفي ذلك صغار على الإسلام والقصد من التقويم العتق ولا صغار فيه، فإن كان نصف العبد وقفاً ونصفه طلقاً، فأعتق صاحب الطلق نصيبه لم يقوم عليه الوقف، لأن التقويم يقتضي التمليك والوقف لا يملك، ولأن الوقف لا يعتق بالمباشرة فلأن لا يعتق بالتقويم أولى.

فصل: وتجب قيمة النصيب عند العتق لأنه وقت الإتلاف ومتى يعتق فيه ثلاثة أقوال: أحدها يعتق في الحال، فإن كانت جارية فولدت كان الولد حراً لما روى أبو المليح عن أبيه أن رجلاً أعتق شقصاً له من غلام، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «ليس لله شريك» وفي بعضها فأجاز عتقه. والثاني أنه يقع بدفع القيمة فإن كان جارية فولدت كان نصف الولد حراً ونصفه مملوكاً لما روى سالم عن أبيه يبلغ به النبي ﷺ: «إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهم نصيبه، فإن كان موسراً يقوم عليه **ولا وكس ولا شطط** ثم يعتق» ولأنه عتق بعوض فلا يتقدم على العوض كعتق المكاتب. والثالث أنه مراعى فإن دفع العوض حكمنا بأنه عتق في الحال، وإن لم يدفع حكمنا بأنه لم يعتق لأنا إذا أعتقناه في

فما رد تزويج عليه شهادة ولا رد من بعد الحرار عتيق

فكأنه خالص من رق العبودية. قوله: (**أعطى شركاءه حصصهم**) الحصة نصيب وجمعها حصص. وتحاص القوم يتحاصون إذ اقتسموا حصصاً وكذا المحاصة قوله: (**صغار على الإسلام**) أي ذل وقهر قوله: (**لا وكس ولا شطط**) الوكس النقصان والبخس. وقد وكس

الحال أضررنا بالشريك في اتلاف ماله قبل أن يسلم له العوض، وإن لم نعتقه أضررنا بالعبد في إبقاء أحكام الرق عليه، فإذا قلنا إنه مراعى لم يكن على كل واحد منهما ضرر، فإن دفع القيمة كان حكمه حكم القول الأول، وإن لم يدفع كان حكمه حكم القول الثاني، فإن بذل المعتق القيمة أجبرنا الشريك على قبضها، وإن طلب الشريك أجبرنا المعتق على دفعها، فإن أمسك الشريك عن الطلب والمعتق عن الدفع وقلنا إن العتق يقف على الدفع فللعبد أن يطالب المعتق بالدفع، والشريك بالقبض ليصل إلى حقه، فإن أمسك الجميع فللحاكم أن يطالب بالدفع والقبض لما في العتق من حق الله تعالى فإن أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن يعتق لأنه عتق صادف ملكه، والثاني وهو المذهب أنه لا يعتق لأن العتق مستحق من جهة المعتق والولاء مستحق له فلا يجوز إبطاله عليه.

فصل: وإن كان بين اثنين جارية فأحبلها أحدهما ثبتت حرمة الإستيلاد في نصيبه وفي نصيب الشريك الأقوال التي ذكرناها في العتق لأن الاستيلاد كالعتق في إيجاب الحرية فكان كالإعتاق في التقويم والسراية.

فصل: وإن اختلف المعتق والشريك في قيمة العبد **والبينة متعذرة**، فإن قلنا إنه يسري في الحال فالقول قول المعتق لأنه غارم لما استهلكه فكان القول قوله كما لو اختلفا في قيمة ما أتلفه بالجناية، وإن قلنا لا يعتق إلا بدفع القيمة فالقول قول الشريك لأن نصيبه باق على ملكه، فلا ينزع منه إلا بما يقربه كالمشتري في الشفعة، وإن ادعى الشريك أنه كان يحسن صنعة تزيد بها القيمة فأنكر المعتق ففيه طريقان: من أصحابنا من قال هو كالإختلاف في القيمة وفيه قولان، ومنهم من قال قول المعتق قولاً واحداً لأن الظاهر معه والشريك يدعي صنعة الأصل عدمها، وإن ادعى المعتق عيباً في العبد ينقص به القيمة وأنكر الشريك ففيه طريقان أيضاً: من أصحابنا من قال هو كالإختلاف في القيمة فيكون على قولين، ومنهم من قال: القول قول الشريك قولاً واحداً لأن الظاهر معه والمعتق يدعي عيباً الأصل عدمه.

الشيء يكس وقد وكست فلاناً نقصته. وقد وكس فلان في تجارته وأوكس أيضاً على ما لم يسم فاعله فيهما أي خسر. والشطط الجور والزيادة أي لا نقصان ولا زيادة قال الله تعالى: ﴿وأنه كان يقول سفيهنا على الله شططاً﴾ [الجن: ٤] أي جورا ومعناه لا يزيد في قيمته فيكون جوراً وأصله البعد يقال شطت الدار أي بعدت ومنه قوله تعالى: ﴿لقد قلنا إذاً شططا﴾ [الكهف: ١٤] أي قولاً بعيداً عن الحق. قوله: **(مراعى)** من راعيت الأمر أي نظرت ما يصير إليه قوله: **(والبينة متعذرة)** أي متعسرة تعذر الأمر أي تعسر.

فصل: وإن كان المعتق معسراً عتق نصيبه وبقي نصيب الشريك على الرق والدليل عليه حديث ابن عمر رضي الله عنه وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه ما رق، ولأن تنفيذ العتق لدفع الضرر عن العبد فلو أعتقنا نصيب الشريك لأضررنا به لأنا نتلف ماله ولا يحصل له عوض، والضرر لا يزال بالضرر، ولهذا لو حضر الشفيع وهو معسر لم يأخذ بالشفعة لأنه يزيل الضرر بالضرر، وإن كان موسراً بقيمة البعض عتق منه بقدره لأن ما وجب بالإستهلاك إذا عجز عن بعضه وجب ما قدر عليه كبدل المتلف، وإن كان معه قيمة الحصة وعليه دين يستغرق ما معه ففيه قولان بناء على القولين في الدين هل يمنع وجوب الزكاة، فإن قلنا لا يمنع وجب عليه العتق، وإن قلنا يمنع لم يجب العتق.

فصل: وإن ملك عبداً فأعتق بعضه سرى إلى الباقي لأنه موسر بالقدر الذي يسري إليه كما لو أعتق شركاً له في عبد وهو موسر.

فصل: وإن أوصى بعتق شرك له في عبد فأعتق عنه لم يقوم عليه نصيب شريكه وإن احتمله الثلث لأنه بالموت زال ملكه، فلا ينفذ إلا فيما استثناه بالوصية، وإن وصى بعتق نصيبه بأن يعتق عنه نصيب شريكه والثلث يحتمله قوم عليه وأعتق عنه الجميع لأنه في الوصية بالثلث كالحي، فإذا قوم على الحي قوم على الميت بالوصية.

فصل: وإن كان عبد بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس فأعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهما في وقت واحد وكانا موسرين قوم نصيب الشريك عليهما بالسوية لأن التقويم استحق بالسراية فقسط على عدد الرؤوس كما لو اشترك اثنان في جراحة رجل فجرحه أحدهما جراحة والآخر جراحات.

فصل: وإن كان له عبدان فأعتق أحدهما بعينه ثم أشكل أمر بأن يتذكر، فإن قال أعتقت هذا قبل قوله لأنه أعرف بما قال، فإن اتهمه الآخر حلف لجواز أن يكون كاذباً، فإن نكل حلف الآخر وعتق العبدان أحدهما بإقراره، والآخر بالنكول واليمين، وإن قال هذا بل هذا عتقا جميعاً لأنه صار راجعاً عن الأول مقراً بالثاني، فإن مات قبل أن يبين رجع إلى قول الوارث لأن له طريقاً إلى معرفته، فإن قال الوارث: لا أعلم فالمنصوص أنه يقرع بينهما لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فرجع إلى القرعة، ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر أنه يوقف إلى أن ينكشف لأن القرعة تفضي إلى أن يرق من أعتقه ويعتق من أرق فوجب أن يوقف إلى أن يبين، والأول هو الصحيح لأن البيان قد فات والوقوف يضر بالوارث في رقيقه وبالحر في حق نفسه.

فصل: وإن أعتق عبداً من أعبد أخذ بتعيينه وله أن يعين من شاء، فإن قال هو سليم بل غانم عتق سالم ولم يعتق غانم لأنه تخير لتعيين عتق، فإذا عينه في واحد سقط خياره

. . . .

في الثاني، ويخالف القسم قبله لأن ذلك إخبار لا خيار له فيه فلم يسقط حكم خبره، فإن مات قبل أن يعين ففيه وجهان: أحدهما لا يقوم الوارث مقامه في التعيين كما لا يقوم مقامه في تعيين الطلاق في إحدى المرأتين فعلى هذا يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة عتق والثاني يقوم مقامه وهو الصحيح لأنه خيار ثابت يتعلق بالمال فقام الوارث فيه مقامه كخيار الشفعة والرد بالعيب.

فصل: ومن ملك أحد الوالدين وإن علوا أو أحد المولودين وإن سفلوا عتقوا عليه لقوله تعالى: ﴿تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض **وتخر الجبال هدّاً** أن دعوا للرحمن ولداً، وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولداً، إن كل من في السموات والأرض إلا آتي الرحمن عبداً﴾ [مريم: ٩٠ ـ ٩٣] فنفى الولادة مع العبودية فدل على أنهما لا يجتمعان ولأن الولد بعض منه فيصير كما لو ملك بعضه. وإن ملك بعضه، فإن كان بسبب من جهته كالبيع والهبة وهو موسر قوم عليه الباقي لأنه عتق بسبب من جهته فصار كما لو أعتق بعض عبد، وإن كان بغير سبب من جهته كالإرث لم يقوم عليه لأنه عتق من غير سبب من جهته، وإن ملك من سوى الوالدين والمولودين من الأقارب ولم يعتق عليه لأنه لا بعضية بينهما فكانوا كالأجانب، وإن وجد من يعتق عليه مملوكاً فالمستحب أن يشتريه ليعتق عليه لقوله ﷺ «لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه» ولا يجب عليه ذلك لأنه استجلاب مال لقربة لم يتقدم وجوبها فلم يجب كشراء المال للزكاة. وإن وصى للمولى عليه بأبيه، فإن كان لا يلزمه نفقته وجب على الولي قبوله لأنه يعتق عليه فيحصل له جمال عاجل وثواب آجل من غير إضرار، وإن كان تلزمه نفقته لم يجب قبوله لأنه يعتق عليه ويطالب بنفقته، وفي ذلك إضرار فلم يجز. وإن وصَّى له ببعضه فإن كان معسراً لزمه قبوله لأنه لا ضرر عليه من جهة التقويم ولا من جهة النفقة، وإن كان موسراً والأب ممن تلزمه نفقته لم يجب قبوله لأنه تلزمه نفقته وفي ذلك إضرار، وإن كان لا تلزمه نفقته ففيه قولان أحدهما لا يجوز قبوله لأن ملكه يقتضي التقويم وفي ذلك إضرار، والثاني يلزم قبوله ولا يقوم عليه لأنه يعت عليه بغير اختياره فلم يقوم عليه كما لو ملكه بالإرث.

بـــاب القرعـــة

والقرعة أن تقطع رقاع متساوية ويكتب في كل رقعة ما يراد إخراجه، وتجعل في

قوله: (**وتخر الجبال هداً**) خر سقط من أعلى إلى أسفل. والهد: هد البناء وإزالته. هد البناء يهده هداً هدمه وضعضعه.

من باب القرعة

القرعة مأخوذة من قرعته إذا كففته كأنه كف الخصوم بذلك. ومنه سميت المقرعة لأنه

بنادق من طين متساوية الوزن والصفة، وتجفف وتغطى بشيء ثم يقال لرجل لم يحضر الكتابة و **البندقة** أخرج بندقة ويعمل بما فيها، فإن كان القصد عتق الثلث جزؤوا ثلاثة أجزاءٍ، وإن كان القصد عتق الربع جزؤوا أربعة أجزاء، وإن كان القصد عتق النصف جزؤوا جزءين وتعدل السهام، فإن كان القصد عتق الثلث فإن كان عددهم وقيمتهم متساوية، فإن كانوا ستة أعبد قيمة كل واحد منهم مائة جعل كل اثنين جزءاً ثم الحاكم بالخيار بين أن يكتب في الرقاع الأسماء ويخرج الأسماء على الحرية والرق وبين أن يكتب الرق والحرية ويخرج على الأسماء، فإن اختار كتب الأسماء كتب كل اسمين في رقعة، فإن شاء أخرج القرعة على الحرية، فإذا خرجت القرعة باسم اثنين عتقا ورق الباقون، وإن شاء أخرج على الرق فإذا خرجت رق من فيها ثم يخرج قرعة أخرى على الرق، فإذا خرجت رق من فيها ويعتق الباقيان، والإخراج على الحرية أولى لأنه **أقرب إلى فصل الحكم**، فإن اتفق العدد واختلفت القيم وأمكن تعديل العدد بالقيمة بأن يكونوا ستة قيمة اثنين أربعمائة وقيمة اثنين ستمائة وقيمة اثنين مائتان، جعل اللذان قيمتهما أربعمائة جزءاً وضم أحد العبدين المقومين بستمائة إلى أحد العبدين المقومين بمائتين ويجعل العبدان الآخران جزءاً، ويخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين، وإن اختلفت قيمتهم ولم يتفق عددهم بأن كانوا ثمانية قيمة واحد مائة، وقيمة ثلاثة مائة وقيمة أربعة مائة عدلوا بالقيمة فيجعل العبد جزءاً والثلاثة جزءاً والأربعة جزءاً، فإن خرجت قرعة العتق على العبد عتق ورق السبعة، وإن خرجت على الثلاثة عتقوا ورق الخمسة، وإن خرجت على الأربعة عتقوا ورق الأربعة لأنه لا يمكن تعديلهم بغير القيمة فعدلوا بالقيمة. وعلى هذا لو كانوا اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان جعلا جزءين وأقرع بينهما، فإن خرجت قرعة العتق على المقوم بمائة عتق جميعه ورق الآخر، وإن خرجت على المقوم بمائتين عتق نصفه ورق نصفه وجميع الآخر، فإن اتفق العدد واختلفت القيم فإن عدل بالعدد اختلفت القيم، وإن عدل بالقيمة اختلف العدد بأن كانوا ستة قيمة واحد مائة وقيمة اثنين مائة وقيمة ثلاثة مائة فالمنصوص أنهم يعدلون بالقيمة، فيجعل العبد جزءاً والعبدان جزءاً والثلاثة جزءاً وتخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين، ومن أصحابنا من قال: يعدلون بالعدد، فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزءاً، ويضم أحد الثلاثة إلى المقوم بمائة فيجعلان جزءاً وقيمتهما مائة وثلث ويجعل الآخران جزءاً وقيمتهما ثلثمائة وأقرع بينهم فإن خرجت القرعة على المقومين بالمائة وقد استكملا الثلث ورق الباقون، وإن خرجت على العبدين

يكف بها الدابة قوله: **(البندقة)** هي عمل البنادق، وهي كبب صغار من طين أو شمع قوله: **(أقرب إلى فصل الحكم)** أي إلى قطعه من فصل العضو إذا قطعه من المفصل. والفيصل

المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلث المائة عتقاً رق الأربعة الباقون، ويقرع بين العبدين اللذين خرجت القرعة عليهما لأنهما أكثر من الثلث فلم ينفذ العتق فيهما، فإن أقرع فخرجت القرعة على المقوم بمائة عتق ورق الآخر، وإن خرجت على المقوم بثلث المائة عتق وعتق من الآخر الثلثان لاستكمال الثلث ورق الباقي، والصحيح هو المنصوص عليه لأن فيما قال هذا القائل يحتاج إلى إعادة القرعة وتبعيض الرق والحرية في شخص واحد، فإن اختلف العدد والقيم ولم يمكن **التعديل** بالعدد ولا بالقيمة بأن كانوا خمسة وقيمة أحدهم مائة وقيمة الثاني مائتان وقيمة الثالث ثلثمائة، وقيمة الرابع أربعمائة وقيمة الخامس خمسمائة ففيه قولان: أحدهما أنه يكتب أسماؤهم في رقاع بعددهم ثم يخرج على العتق، فإن خرج المقوم بخمسمائة وهو الثلث عتق ورق الأربعة، وإن خرج المقوم بأربعمائة عتق وقد بقي من الثلث مائة فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بثلثمائة عتق منه ثلثه ورق باقيه والثلاثة الباقون، وعلى هذا القياس يعمل في كل ما يخرج، والقول الثاني أنهم يجزؤون ثلاثة أجزاء على القيمة دون العدد، فيجعل المقوم بخمسمائة جزءاً ويجعل المقوم بثلثمائة والمقوم بالمائتين جزءاً، ويجعل المقوم بأربعمائة والمقوم بمائة جزءاً ثم يخرج القرعة ويعتق من فيها وهو الثلث ويرق الباقون لأن النبي ﷺ جزأهم ثلاثة أجزاء.

فصل: قال الشافعي: وإن أعتق ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فمات واحد ثم مات السيد أقرع بين الحيين والميت، فإن خرج سهم الحرية على الميت رق الإثنان وحكم من خرج عليه سهم الحرية حكم الأحرار منذ خوطب بالعتق إلى أن مات، وكان له ما اكتسب واستفاد بإرث وغيره، وإن خرج سهم الحرية على أحد الحيين لم يعتق منه إلا ثلثاه لأن الميت قبل موت سيده مات عبداً فلم يكن له حكم ما خلف السيد، وإن مات المعتق ولم يقرع بينهم حتى مات اثنان أقرع بين الحي والميتين، فإن خرج بينهم العتق على الحي عتق كله وأعطى كل ما استفاد من يوم خوطب بالعتق ورق الميتان.

فصل: إذا أعتق في مرضه ستة أعبد لا مال له غيرهم فأعتق اثنان بالقرعة ثم ظهر مال يحتمل أن يعتق آخر إن جعل الأربعة جزءين وأقرع بينهم وأعتق منهم اثنان.

فصل: وإن أعتق في مرضه أعبدا له ومات وعليه دين **يستغرق التركة** لم ينفذ العتق لأن العتق في المرض وصية فلا ينفذ إلا في ثلث ما يفضل بعد قضاء الدين، وإن استغرق نصفها جعل التركة جزءين ويكتب في رقعة دين وفي رقعة تركة، وإن استغرق الثلث جعلوا ثلاثة أجزاءٍ في رقعة دين وفي رقعتين تركة ويقرع بينهم، فمن خرجت عليه قرعة

الحاكم. وفصلت الشيء فانفصل أي قطعته فانقطع قوله: (**التعديل**) هو التسوية من قولهم: فلان عدل فلان أي مساويه. والعدل أحد الحملين لأنه مساو للآخر قوله: (**يستغرق التركة**)

الدين بيع في الدين، وما سواه يجعل ثلاثة أجزاءٍ ويعتق منه الثلث لأنه اجتمع حق الدين وحق التركة وحق العتق، وليس بعضها بالبيع والإرث والعتق بأولى من البعض وللقرعة مدخل في تمييز العتق من غيره فأقرع بينهم.

فصل: وإن أعتقهم ومات وأقرع بينهم وأعتق الثلث ثم ظهر دين مستغرق لم ينفذ العتق لما ذكرناه، فإن قال الورثة نحن نقضي الدين وننفذ العتق ففيه وجهان: أحدهما أن لهم ذلك لأن المنع من نفوذ العتق لأجل الدين فإذا قضى الدين زال المنع، والثاني أن ليس لهم ذلك لأنهم تقاسموا العبيد بالقرعة وقد تعلق بهم حق الغرماء، فلم يصح كما لو تقاسم شريكان ثم ظهر شريك ثالث فعلى هذا يقضي الدين ثم يستأنف العتق، وإن كان الدين يستغرق نصف التركة فهل يبطل العتق بالجميع فيه وجهان: أحدهما يبطل كما قلنا في قسمة الشريكين، والثاني يبطل بقدر الدين لأن بطلانه بسببه فيقدر **بقدره**، فإن كان الذي أعتق عبدين عتق من كل واحد منهما نصفه ورق النصف ثم يقرع بينهما لجمع الحرية، فإن خرجت القرعة لأحدهما وكانت قيمتهما سواء عتق وبيع الآخر في الدين، وإن كانت قيمة أحدهما أكثر فخرجت القرعة على أكثرهما قيمة عتق منه نصف قيمة العبدين ورق باقيه والعبد الآخر، وإن خرجت على أقلهما قيمة عتق وعتق من الثاني تمام النصف وبيع الباقي في الدين.

بــاب المدبــر

التدبير قربة لأنه يقصد به العتق ويعتبر من الثلث في الصحة والمرض لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «المدبر من الثلث» ولأنه تبرع **يتنجز بالموت** فاعتبر من الثلث كالوصية فإن دبر عبداً وأوصى بعتق آخر وعجز الثلث عنهما أقرع بينهما، ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر أنه يقدم المدبر لأنه يعتق بالموت والموصى بعتقه لا يعتق بالموت والصحيح هو الأول لأن لزومهما بالموت فاستويا.

فصل: ويصح من السفيه لأنه إنما منع من التصرف حتى لا يضيع ماله فيفتقر وبالتدبير لا يضيع ماله لأنه باق على ملكه، وإن مات استغنى عن المال وحصل له

يذهب بها. وأصله من الغرق في الماء وقد ذكر، والتركة ما يتركه الميت بعده وقد ذكر قوله: **(بقدره)** القدر ههنا المبلغ أي يعتق منه مبلغ الحصة.

من باب المدبر

قال القتيبي: التدبير مأخوذ من الدبر لأنه عتق بعد الموت. والموت دبر الحياة وقيل مدبر، ولهذا قالوا: عتق عبده عن دبر منه أي بعد الموت قوله: **(يتنجز بالموت)** أي يتعجل وقد ذكر.

الثواب. وهل يصح من الصبي المميز؟ فيه قولان: أحدهما أنه يصح لما ذكرناه في السفيه، والثاني لا يصح وهو الصحيح لأنه ليس من أهل العقود فلم يصح تدبيره كالمجنون.

فصل: والتدبير هو أن يقول إن مت فأنت حر، فإن قال دبرتك أو أنت مدبر ونوى العتق صح، وإن لم ينو فالمنصوص في المدبر أنه يصح. وقال في المكاتب: إذا قال كاتبتك على كذا وكذا لم يصح حتى يقول فإذا أديت أنت حر، فمن أصحابنا من نقل جوابه في المدبر إلى المكاتب وجوابه في المكاتب إلى المدبر وجعلهما على قولين أحدهما أنهما صريحان لأنهما موضوعان للعتق في عرف الشرع، والثاني أنهما كنايتان فلا يقع العتق بهما إلا بقرينة أو نية لأنهما يستعملان في العتق وغيره، ومنهم من قال في المدبر صريح، وفي المكاتب كناية ولم يذكر فرقاً يعتمد عليه.

فصل: ويجوز مطلقاً وهو أن يقول إن مت فأنت حر، ويجوز مقيداً وهو أن يقول إن مت من هذا المرض أو في هذا البلد فأنت حر لأنه عتق معلق على صفة فجاز مطلقاً ومقيداً كالعتق المعلق على دخول الدار، ويجوز تعليقه على شرط بأن يقول إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي كما يجوز أن يعلق العتق المعلق على دخول الدار بشرط قبله، فإن وجد الشرط صار مدبراً وإن لم يوجد الشرط حتى مات السيد لم يصر مدبراً لأنه علق التدبير على صفة، وقد بطلت الصفة بالموت فسقط ما عتق عليه.

فصل: ويجوز تدبير المعتق بصفة كما يجوز أن يعلق عتقه على صفة أخرى، فإن وجدت الصفة قبل الموت عتق بالصفة وبطل التدبير به، وإن مات قبل وجود الصفة عتق بالتدبير وبطل العتق بالصفة. ويجوز تدبير المكاتب كما يجوز أن يعلق عتقه على صفة، فإذا دبره صار مكاتباً مدبراً ويستحق العتق بالكتابة والتدبير، فإن أدى المال قبل الموت عتق بالكتابة وبطل التدبير، وإن مات قبل الأداء، فإن كان يخرج من الثلث عتق بالتدبير وبطلت الكتابة، وإن لم يخرج جميعه عتق منه بقدر الثلث ويسقط من مال الكتابة بقدره وبقي الباقي على الكتابة. ولا يجوز تدبير أم الولد لأن الذي يقتضيه التدبير هو العتق بالموت وقد استحقت مال الكتابة بقدره، وبقي الباقي على الكتابة ولا يجوز تدبير أم الولد لأن الذي يقتضيه التدبير هو العتق بالموت وقد استحقت ذلك بالاستيلاد فلم يفد التدبير شيئاً فإذا دبرها ومات عتقت بالاستيلاد من رأس المال.

فصل: ويجوز تدبير الحمل كما يجوز في بعض عبد كما يجوز عتقه، ويجوز في العتق فإن كان بين رجلين عبد فدبر أحدهما نصيبه وهو موسر، فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليصير الجميع مدبراً؟ فيه قولان: أحدهما يقوم عليه لأنه أثبت له شيئاً **يفضي إلى**

قوله: (**يفضي إلى العتق لا محالة**) يفضي يئول ويصير. ولا محالة لا بد يقال الموت

العتق لا محالة فأوجب التقويم كما لو استولد جارية بينه وبين غيره، والثاني وهو المنصوص أنه لا يقوم عليه لأن التقويم إنما يجب بالإتلاف كالعتق أو بسبب يوجب الإتلاف كالإستيلاد والتدبير ليس بإتلاف ولا سبب يوجب الإتلاف لأنه يمكن نقضه بالتصرف فلم يوجب التقويم. فإن كان له عبد فدبر بعضه فالمنصوص أنه لا يسري إلى الباقي ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر أنه يسري فيصير الجميع مدبراً ووجههما ما ذكرناه في المسألة قبلها. فإن كان عبد بين اثنين فدبراه بأن قال كل واحد منهما إذا مت فأنت حر جاز كما لو أعتقاه، فإن أعتق أحدهما نصيبه بعد التدبير وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليعتق؟ فيه قولان منصوصان أحدهما لا يقوم عليه لأن لنصيب شريكه جهة يعتق بها فاستغنى عن التقويم، ولأنا إذا قومناه على المعتق أبطلنا على شريكه ما ثبت له من العتق والولاء بحكم التدبير، والثاني يقوم عليه ليصير الكل حراً لأن المدبر كالقن في الملك والتصرف، فكان كالقن في التقويم والسراية. فإن كان بين نفسين عبد فقالا إذا متنا فأنت حر لم يعتق حصة واحد منهما إلا بموته وموت شريكه، فإن ماتا معاً عتق عليهما بوجود الصفة، فإن مات أحدهما قبل الآخر انتقل نصيب الميت إلى وارثه ووقف عتقه على موت الآخر، فإذا مات الآخر عتق. فإن قالا **أنت حبيس على آخرنا موتاً** فالحكم فيها كالحكم في المسألة قبلها إلا في فصل واحد وهو أن في المسألة الأولى إذا مات أحدهما انتقل نصيب الميت إلى وارثه إلى أن يموت الآخر، وفي هذه إذا مات أحدهما كان منفعة نصيبه موصى بها للآخر إلى أن يموت لقوله أنت حبيس على آخرنا موتاً فإذا مات الآخر عتق.

فصل: ويملك المولى بيع المدبر لما روى جابر رضي الله عنه أن رجلاً أعتق غلاماً له **عن دبر منه** ولم يكن له مال غيره، فأمر به النبي ﷺ فبيع بسبعمائة أو بتسعمائة ويملك هبته ووقفه وكتابته قياساً على البيع، ويملك أكسابه ومنافعه وأرش ما يجني عليه لأنه لما كان كالعبد القن في التصرف في الرقبة كان كالقن فيما ذكرناه. وإن جنى خطأ تعلق الأرش برقبته وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع وبين أن يفديه كما يفدي العبد القن لأنه كالقن في جواز بيعه، فكان كالقن في جواز التسليم للبيع والفداء، وإن مات السيد قبل أن يفديه، فإن قلنا لا يجوز عتق الجاني لم يعتق وللوارث الخيار بين التسليم للبيع وبين الفداء كالسيد في حياته، وإن قلنا يجوز عتق الجاني عتق من الثلث ووجب أرش الجناية من التركة لأنه عتق بسبب من جهته، فتعلق الأرش بتركته ولا يجب إلا أقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية لأنه لا يمكن تسليمه للبيع بعد العتق.

آتٍ لا محالة ذكره الجوهري وميمها زائدة وألفها منقلبة عن واو من باب حول قوله: **(أنت حبيس على آخرنا موتاً)** أي عتقك محبوس حتى يموت آخرنا قوله: **(عن دبر منه)** أي بعد

فصل: وإن كان المدبر جارية فأتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها في التدبير؟ فيه قولان أحدهما يتبعها لأنها تستحق الحرية فتبعها الولد كأم الولد، فعلى هذا إن ماتت الأم في حياة المولى لم يبطل التدبير في الولد، والثاني لا يتبعها لأنه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر إلى الولد كالرهن والوصية. وإن دبرها وهي حامل تبعها الولد قولاً واحداً كما يتبعها في العتق، وإن دبر عبداً ثم ملكه جارية فأتت منه بولد لحقه نسبه لأنه يملكها في أحد القولين وله فيها شبهة في القول الثاني لاختلاف الناس في ملكه. فإن قلنا لا يملك الجارية فالولد مملوك للمولى لأنه ولد أمته، وإن قلنا يملكها فالولد ابن المدبر ومملوكه لأنه من أمته. وهل يكون مدبراً فيه وجهان أحدهما أنه ليس بمدبر لأن الولد إنما يتبع الأم دون الأب والأم غير مدبرة، والثاني أنه مدبر لأنها علقت به في ملكه فكان كالأب كولد الحر من أمته.

فصل: ويجوز الرجوع في التدبير بما يزيل الملك كالبيع والهبة المقبوضة لما رويناه من حديث جابر رضي الله عنه، وهل يجوز بلفظ الفسخ كقوله فسخت ونقضت ورجعت؟ فيه قولان أحدهما أنه يجري مجرى الوصية فيجوز له فسخه بلفظ الفسخ وهو اختيار المزني لأنه تصرف يتنجز بالموت يعتبر من الثلث فهو كالوصية، والثاني أنه يجري مجرى العتق بالصفة فلا يجوز فسخه بلفظ الفسخ وهو الصحيح لأنه عتق علقه على صفة فهو كالعتق بالصفات، وإن وهبه ولم يقبضه فقد اختلف أصحابنا فمنهم من قال إن قلنا إنه كالوصية فهو رجوع، وإن قلنا إنه كالعتق بالصفة فليس برجوع لأنه لم يزل الملك، ومنهم من قال هو رجوع على القولين لأنه تصرف يفضي إلى زوال الملك، وإن كاتبه فإن قلنا إن التدبير كالوصية كان رجوعاً كما لو أوصى بعبد ثم كاتبه، وإن قلنا إنه كالعتق بالصفة لم يكن رجوعاً بل يصير مدبراً مكاتباً وحكمه ما ذكرناه فيمن دبر مكاتباً، وإن دبره ثم قال إن أديت إلى وارثي ألفاً فأنت حر، فإن قلنا إنه كالوصية كان ذلك رجوعاً في التدبير لأنه عدل عن العتق بالموت إلى العتق بأداء المال فبطل التدبير ويتعلق العتق بالأداء، وإن قلنا إنه كالعتق بالصفة وخرج من الثلث عتق بالتدبير وسقط حكم الأداء بعده لأنه علق عتقه بصفة متقدمة ثم علقه بصفة متأخرة فعتق بأسبقهما وأسبقهما الموت فعتق به، وإن دبر جارية ثم أولدها بطل التدبير لأن العتق بالتدبير والاستيلاد في وقت واحد والاستيلاد أقوى فأسقط التدبير.

موته، وإدبار حياته أو من الدبر وهو نقيض القبل أي في إدبار الحياة لا في إقبالها كله مأخوذ من أدبر إذا ولى وذهب قوله: **(لأنه عدل عن الحق)** أي مال يقال عدل: إذا مال وعدل إذا استقام من الأضداد.

فصل: ويجوز الرجوع في تدبير البعض كما يجوز التدبير في الابتداء في البعض، وإن دبر جارية فأتت بولد من نكاح أو زنا وقلنا إنه يتبعها في التدبير ورجع في تدبير الأم لم يتبعها الولد في الرجوع، وإن تبعها في التدبير كما أن ولد أم الولد يتبعها في حق الحرية ثم لا يتبعها في بطلان حقها من الحرية بموتها، وإن دبرها الصبي وقلنا إنه يصح تدبيره، فإن قلنا يجوز الرجوع بلفظ الفسخ جاز رجوعه لأنه لا حجر عليه في التدبير فجاز رجوعه فيه كالبالغ، وإن قلنا لا يجوز الرجوع إلا بتصرف يزيل الملك لم يصح الرجوع في تدبيره إلا بتصرف يزيل الملك من جهة الولي.

فصل: وإن دبر عبده ثم ارتد فقد قال أبو إسحاق: لا يبطل التدبير فإن مات عتق العبد لأنه تصرف نفذ قبل الرد فلم تؤثر الردة فيه كما لو باع ماله ثم ارتد ومن أصحابنا من قال: يبطل التدبير لأن المدبر إنما يعتق إذا حصل للورثة شيء مثلاه وهاهنا لم يحصل للورثة شيء فلم يعتق، ومنهم من قال: يبنى على الأقوال في ملكه فإن قلنا يزول ملكه بالردة بطل لأنه زال ملكه فيه فأشبه إذا باعه، وإن قلنا لا يزول لم يبطل كما لو لم يدبر، وإن قلنا موقوف فالتدبير موقوف وما قال أبو إسحاق غير صحيح لأنه ارتد والمدبر على ملكه، فزال بالردة بخلاف ما لو باعه قبل الردة، وقال الآخر: لا يصح لأن ماله بالموت صار للمسلمين وقد حصل لهم مثلاه.

فصل: وإن دبر الكافر عبداً كافراً ثم أسلم العبد ولم يرجع السيد في التدبير ففيه قولان أحدهما يباع عليه وهو اختيار المزني لأنه يجوز بيعه فبيع عليه **كالعبد القن**، والثاني لا يباع عليه وهو الصحيح لأنه لاحظ للعبد في بيعه لأنه يبطل به حقه من الحرية فعلى هذا هو بالخيار بين أن يسلمه إلى مسلم وينفق عليه إلى أن يرجع في التدبير فيباع عليه أو يموت فيعتق عليه، **وبين أن يخارجه على شيء** لأنه لا سبيل إلى قراره في يده فلم يجز إلا ما ذكرناه، فإن مات السيد وخرج من الثلث عتق، وإن لم يخرج عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة لأنه صار قناً.

فصل: وإن اختلف السيد والعبد فادعى العبد أنه دبره وأنكر السيد، فإن قلنا إن التدبير كالعتق بالصفة صح الاختلاف لأنه لا يمكن الرجوع فيه والقول قول السيد لأن الأصل أنه لم يدبر، وإن قلنا إنه كالوصية ففيه وجهان أحدهما أن القول قول السيد لأن جحوده رجوع وهو يملك الرجوع، والثاني أنه ليس برجوع وهو المذهب لأنه قال في

قوله: (**كالعبد القن**) الخالص العبودية ليست بمكاتب ولا مدبر، ولا علق عتقه على شرط. وقيل القن أن يملك هو وأبوه قوله: (**وبين أن يخارجه على شيء**) أي يجعل عليه خراجاً يؤديه. والخرج والخراج الأتاوة وقد ذكر.

الدعوى والبينات إذا أنكر السيد قلنا له قل رجعت ولا يحتاج إلى اليمين فدل على أن جحوده ليس برجوع، والدليل عليه أن جحود الشيء ليس برجوع كما أن جحود النكاح ليس بطلاق فعلى هذا يصح الاختلاف والحكم فيه كالحكم فيه إذا قلنا إنه عتق بالصفة، وإن مات السيد واختلف العبد والوارث صح الاختلاف على القولين والقول قول الوارث. وإن كان في يده مال فقال كسبته بعد العتق، وقال الوارث بل كسبته قبل العتق فالقول قول المدبر لأن الأصل عدم الكسب إلا في الوقت الذي وجد فيه وقد وجد وهو في يد المدبر فكان له، وإن كان أمة ومعها ولد فادعت أنها ولدته بعد التدبير، وقال الوارث بل ولدته قبل التدبير فالقول قول الوارث لأن الأصل في الولد الرق.

فصل: ويجوز تعليق العتق على صفة مثل أن يقول إن دخلت الدار فأنت حر، وإن أعطيتني ألفاً فأنت حر لأنه عتق على صفة فجاز كالتدبير، فإن قال ذلك في المرض اعتبر من الثلث لأنه لو أعتقه اعتبر من الثلث، فإذا عقده اعتبر من الثلث، وإن قال ذلك وهو صحيح اعتبر من رأس المال سواء وجدت الصفة وهو صحيح أو وجدت وهو مريض لأن العتق إنما يعتبر من الثلث في حال المرض لأنه قصد إلى الأضرار بالورثة في حال يتعلق حقهم بالمال وههنا لم يقصد إلى ذلك، فإن علق العتق على صفة مطلقة ثم مات بطل لأن تصرف الإنسان مقصور على حال الحياة فحمل إطلاق الصفة عليه، وإن علق عتقه على صفة بعد الموت لم يبطل بالموت لأنه يملك العتق بعد الموت في الثلث فملك عقده على صفة بعد الموت.

فصل: وإن علق عتق أمة على صفة ثم أتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها الولد؟ فيه قولان كما قلنا في المدبر، فإن بطلت الصفة في الأم بموتها أو بموته بطلت في الولد لأن الولد يتبعها في العتق لا في الصفة بخلاف ولد المدبرة فإنه يتبعها في التدبير، فإذا بطل فيها بقي فيه، وإن قال لأمته أنت حرة بعد موتي بسنة فمات السيد وهي تخرج من الثلث فللوارث أن يتصرف في كسبها ومنفعتها ولا يتصرف في رقبتها لأنها موقوفة على العتق، فإن أتت بولد بعد موت السيد فقد قال الشافعي رحمه الله: يتبعها الولد قولاً واحداً، فمن أصحابنا من قال فيه قولان كالولد الذي تأتي به قبل الموت، والذي قاله الشافعي رحمه الله أحد القولين ومنهم من قال يتبعها الولد قولاً واحداً لأنها أتت به، وقد استقر عتقها بالموت فيتبعها الولد كأم الولد بخلاف ما قبل الموت، فإن عتقها غير مستقر لأنه يلحقه الفسخ.

فصل: وإن علق عتق عبده على صفة لم يملك الرجوع فيها بالقول لأنه كاليمين أو

....

كالنذر والرجوع في الجميع لا يجوز، ويجوز الرجوع فيه بما يزيل الملك كالبيع وغيره. فإن علق عتقه على صفة ثم باعه ثم رجع إليه فهل يعود حكم الصفة؟ فيه قولان بناء على القولين فيمن علق طلاق امرأته على صفة وبانت منه ثم تزوجها، وإن دبر عبده ثم باعه ثم رجع إليه، فإن قلنا إن التدبير كالوصية لم يرجع لأن الوصية إذا بطلت لم تعد، وإن قلنا إنه كالعتق بصفة فهل يعود أم لا على ما ذكرناه من القولين.

. . . .

كتاب المكاتب

الكتابة جائزة لقوله تعالى: ﴿والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم، فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ [النور: ٣٣] ولا تجوز الكتابة إلا من جائز التصرف في المال لأنه عقد على المال، فلم يجز إلا من جائز التصرف في المال كالبيع، ولا يجوز أن يكاتب عبداً أجيراً لأن الكتابة تقتضي التمكين من التصرف والإجارة تمنع من ذلك. ولا يجوز أن يكاتب عبداً مرهوناً لأن الرهن يقتضي البيع والكتابة تمنع البيع، وتجوز كتابة المدبر وأم الولد لأنه عتق بصفة يجوز أن تتقدم على الموت، فجاز في المدبر وأم الولد كالعتق المعلق على دخول الدار، فإن كاتب مدبراً صار مكاتباً ومدبراً وقد بينا حكمه في المدبر، وإن كاتب أم ولد صارت مكاتبة وأم ولد، فإن أدت المال قبل موت السيد عتقت بالكتابة، وإن مات السيد قبل الأداء عتقت بالاستيلاد وبطلت الكتابة.

فصل: وتجوز كتابة بعض العبد إذا كان باقيه حراً لأنه كتابة على جميع ما فيه من الرق فأشبه كناية العبد في جميعه، وإن كان عبد بين اثنين فكاتبه أحدهما في نصيبه بغير إذن شريكه لم يصح لأنه لا يعطي من الصدقات، ولا يمكنه الشريك من الاكتساب بالأسفار، وإن كاتبه بإذن شريكه ففيه قولان: أحدهما لا يصح لما ذكرناه من نقصان كسبه، والثاني يصح لأن المنع لحق الشريك فزال بالإذن. وإن كان لرجل عبد فكاتبه في بعضه فالمنصوص أنه لا يصح، واختلف أصحابنا فيه فذهب أكثرهم إلى أنه لا يصح قولاً واحداً كما لا يصح أن يبعض العتق فيه، ومنهم من قال إذا قلنا إنه يصح أن يكاتب نصيبه في العبد المشترك بإذن الشريك صح ههنا لأن اتفاقهما على كتابة البعض كاتفاق الشريكين، فإن وصى رجل بكتابة عبد وعجز الثلث عن جميعه فالمنصوص أنه يكاتب القدر الذي يحتمله الثلث، فمن أصحابنا من جعل في الجميع قولين، ومنهم من قال يصح في الوصية وقد فرق بينه وبين العبد المشترك بأن الكتابة في العبد المشترك غير مستحقة في جميعه، والكتابة في الوصية استحقت في جميعه، فإذا تعذرت في البعض لم تسقط في الباقي.

فصل: وإن طلب العبد الكتابة نظرت؛ فإن كان له كسب وأمانة استحب أن يكاتب لقوله عز وجل ﴿والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ وقد فسر الخير بالكسب والأمانة، ولأن المقصود بالكتابة العتق على مال وبالكسب والأمانة يتوصل إليه ولا يجب ذلك لأنه عتق فلا يجب بطلب العبد كالعتق في غير

ومن كتاب المكاتب

أصل الكتابة الضم والجمع ومنه سميت الكتابة لما فيها من جمع النجوم وضم بعضها

الكتابة، وإن لم يكن له كسب ولا أمانة أو له كسب بلا أمانة لم تستحب لأنه لا يحصل المقصود بكتابته، ولا تكره لأنه سبب للعتق من غير إضرار فلم تكره، وإن كان له أمانة بلا كسب ففيه وجهان أحدهما أنه لا تستحب لأن مع عدم الكسب يتعذر الأداء فلا يحصل المقصود، والثاني تستحب لأن الأمين يعان ويعطى من الصدقات، وإن طلب السيد الكتابة فكره العبد لم يجبر عليه لأنه عتق على مال فلا يجبر العبد عليه كالعتق على مال في غير الكتابة.

فصل: ولا يجوز إلا بعوض مؤجل لأنه إذا كاتبه على عوض حال لم يقدر على أدائه فينفسخ العقد ويبطل المقصود، ولا يجوز على أقل من نجمين لما روي عن أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه أنه غضب على عبد له وقال لأعاقبنك ولأكاتبنك على نجمين، فدل على أنه لا يجوز على أقل من ذلك. وعن علي كرم الله وجهه أنه قال: الكتابة على نجمين والإيتاء من الثاني، ولا يجوز إلا على نجمين معلومين وأن يكون ما يؤدى في كل نجم معلوماً لأنه عوض منجم في عقد فوجب العلم بمقدار النجم ومقدار ما يؤديه فيه كالسلم إلى أجلين.

فصل: ولا يجوز إلا على عوض معلوم الصفة لأنه عوض في الذمة، فوجب العلم بصفته كالمسلم فيه.

فصل: وتجوز الكتابة على المنافع لأنه يجوز أن تثبت في الذمة بالعقد، فجاز الكتابة عليها كالمال، فإن كاتبه على عملين في الذمة في نجمين جاز كما يجوز على مالين في نجمين، وإن كاتبه على خدمة شهرين لم يجز لأن ذلك نجم واحد، وإن كاتبه على خدمة شهر ثم على خدمة شهر بعده لم يجز لأن العقد في الشهر الثاني على منفعة معينة في زمان مستقبل، فلم يجز كما لو استأجره للخدمة في شهر مستقبل، وإن كاتبه على دينار وخدمة شهر بعده لم يجز لأنه لا يقدر على تسليم الدينار في الحال، وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار في نجم بعده جاز لأنه يقدر على تسليم الخدمة فهو مع الدينار كالمالين في نجمين، وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد انقضاء الشهر فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق: لا يجوز لأنه إذا لم يفصل بينهما صارا نجماً واحداً ومنهم من قال: يجوز لأنه يستحق الدينار في غير الوقت الذي يستحق فيه الخدمة وإنما يتصل استيفاؤهما، فعلى هذا لو كاتبه على خدمة شهر ودينار في نصف الشهر جاز لأنه يستحق الدينار في غير الوقت الذي يستحق فيه الخدمة.

إلى بعض، والمكاتب يجمع المال ويضمه ومنه كتب المزادة إذا ضم بين جانبيها بالخرز. والكتبة موضع الخرز جمعها كتب قال ذو الرمة:

فصل: وإن كاتب رجلان عبداً بينهما على مال بينهما على قدر الملكين وعلى نجوم واحدة جاز، وإن تفاضلا في المال مع تساوي الملكين أو تساويا في المال مع تفاضل الملكين أو على أن نجوم أحدهما أكثر من نجوم الآخر أو على أن نجم أحدهما أطول من نجم الآخر ففيه طريقان: من أصحابنا من قال يبنى على القولين فيمن كاتب نصيبه من العبد بإذن شريكه، فإن قلنا يجوز جاز وإن قلنا لا يجوز لم يجز لأن اتفاقهما على الكتابة ككتابة أحدهما في نصيبه بإذن الآخر وعلى هذا يدل قول الشافعي رحمه الله تعالى فإنه قال في الأم: ولو أجزت لأجزت أن ينفرد أحدهما بكتابة نصيبه، فدل على أنه إذا جاز ذلك جاز هذا. وإن لم يجز ذلك لم يجز هذا ومنهم من قال: لا يصح قولاً واحداً لأنه يؤدي إلى أن ينتفع أحدهما بحق شريكه من الكسب لأنه يأخذ أكثر مما يستحق وربما عجز المكاتب فيرجع على شريكه بالفاضل بعد ما انتفع به.

فصل: ولا يصح على شرط فاسد لأنه معاوضة يلحقها الفسخ فبطلت بالشرط الفاسد كالبيع، ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع.

فصل: وإذا انعقد الغقد لم يملك المولى فسخه قبل العجز لأنه أسقط حقه منه بالعوض فلم يملك فسخه قبل العجز عن العوض كالبيع، ويجوز للعبد أن يمتنع من أداء المال لأن ما لا يلزمه إذا لم يجعل شرطاً في عتقه لم يلزمه إذا جعل شرطاً في عتقه كالنوافل، وهل يملك أن يفسخ؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال لا يملك لأنه لا ضرر عليه في البقاء على العقد ولا فائدة له في الفسخ فلم يملكه، ومنهم من قال له أن يفسخ لأنه عقد لحظه، فملك أن ينفرد بالفسخ كالمرتهن، فإن مات المولى لم يبطل العقد لأنه لازم من جهته فلم يبطل بالموت كالبيع، وينتقل المكاتب إلى الوارث لأنه مملوك لا يبطل رقه بموت المولى فانتقل إلى وارثه كالعبد القن، وإن مات العبد بطل العقد لأنه فات المعقود عليه قبل التسليم فبطل العقد كالمبيع إذا تلف قبل القبض، ولا يجوز شرط الخيار فيه لأن الخيار لدفع الغبن عن المال والسيد يعلم أنه مغبون من جهة المملوك لأنه يبيع ماله بماله، والعبد مخير بين أن يدفع المال وبين أن لا يدفع، فلا معنى لشرط الخيار، فإن اتفقا على الفسخ جاز لأنه عقد يلحقه الفسخ بالعجز عن المال فجاز فسخه بالتراضي كالبيع.

مسلسل ضيعته بينها الكتب

ومنه كتب الكتاب إذا جمع الحروف وضم بعضها إلى بعض وكل شيء ضممت بعضه إلى بعض فقد كتبته وسميت النجوم في الكتابة وغيرها، لأنها مأخوذة من تأجيل الدين إلى

باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه

ويملك المكاتب بالعقد اكتساب المال بالبيع والإجارة والصدقة والهبة والأخذ بالشفعة والاحتشاش والاصطياد وأخذ المباحات وهو مع المولى كالأجنبي مع الأجنبي في ضمان المال، وبذل المنافع وأرش الأطراف لأنه صار بما بذله له من العوض عن رقبته كالخارج عن ملكه، ويملك التصرف في المال بما يعود إلى مصلحته ومصلحة ماله، فيجوز أن ينفق على نفسه لأن ذلك من أهم المصالح، وله أن يفدي في حياته نفسه أو رقيقه لأن له فيه مصلحة، وله أن يختن غلامه ويؤد به لأنه إصلاح للمال، وأما الحد فالمنصوص أنه لا يملك إقامته لأن طريقه الولاية والمكاتب ليس من أهل الولاية ومن أصحابنا من قال له أن يقيم الحد كما يملك الحر في عبده، وله أن يقتص في الجناية عليه وعلى رقيقه، وذكر الربيع قولاً آخر أنه لا يقتص من غير إذن المولى، ووجهه أنه ربما عجز فيصير ذلك للسيد فيكون قد أتلف الأرش الذي كان للسيد أن يأخذه لو لم يقتص منه. قال أصحابنا: هذا القول من تخريج الربيع والمذهب أنه يجوز أن يقتص لأن فيه مصلحة له.

فصل: وإن كان المكاتب جارية فوطئها المولى وجب عليه المهر ولها أن تطالب به لتستعين به على الكتابة لأنه يجري مجرى الكسب، وإن أذهب بكارتها لزمه الأرش لأن ائتلاف جزء لا يستحقه فضمن بدله كقطع الطرف، وإن أتت منه بولد صارت مكاتبة وأم ولد وقد بينا حكمهما في أول الباب، وإن كانت مكاتبة بين اثنين فأولدها أحدهما نظرت؛ فإن كان معسراً صار نصيبه أم ولد وفي الولد وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن الولد ينعقد جميعه حراً ويثبت للشريك في ذمة الواطئ نصف قيمته لأنه يستحيل أن ينعقد نصف الولد حراً ونصفه عبداً. والثاني وهو قول أبي إسحاق أن نصفه حر ونصفه مملوك وهو الصحيح اعتباراً بقدر ما يملك منها، ولا يمتنع أن ينعقد نصفه حراً ونصفه عبداً كالمرأة إذا كان نصفها حراً ونصفها مملوكاً فأتت بولد، فإن نصفه حر ونصفه عبد، وإن كان موسراً فالولد حر وصار نصيبه من الجارية أم ولد، ويقوم على الواطئ نصيب شريكه وهل يقوم في الحال فيه طريقان: من أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما يقوم في الحال فإذا قوم انفسخت الكتابة وصار جميعها أم ولد للواطئ ونصفها مكاتباً له، فإن أدت المال عتق نفسها وسرى إلى باقيها، والقول الثاني أنه يؤخر التقويم إلى العجز فإن أدت ما عليها عتقت عليها بالكتابة، وإن عجزت قوم على الواطئ نصيب شريكه وصار الجميع أم

طلوع نجم معلوم عندهما ووقت معروف بينهما للأداء كطلوع الثريا والسماك وشبههما يقال: نجمت عليه المال إذا أديته نجوماً أي جعلت لأدائه أوقاتاً من الزمان يعلم كل وقت منها

ولد. وقال أبو علي بن أبي هريرة: لا يقوم في الاستيلاد نصيب الشريك في الحال قولاً واحداً بل يؤخر إلى أن تعجز لأن التقويم في العتق فيه حظ للعبد لأن يتعجل له الحرية في الباقي، ولاحظ لها في التقويم في الاستيلاد بل الحظ في التأخير لأنه إذا أخر ربما أدت المال فعتقت، وإذا قوم في الحال صارت أم ولد ولا تعتق إلا بالموت والصحيح هو الأول وأنه على قولين كالعتق لأن الاستيلاد كالعتق بل هو أقوى لأنه يصح من المجنون، والعتق لا يصح منه فإذا كان في التقويم في العتق قولان وجب أن يكون في الاستيلاد مثلاه.

فصل: وإن أتت المكاتبة بولد من نكاح أو زنا ففيه قولان: أحدهما أنه موقوف فإن وقف الأم رق، وإن عتقت عتق لأن الكتابة سبب يستحق به العتق فيتبع الولد الأم فيه كالاستيلاد، والثاني أنه مملوك يتصرف فيه لأنه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر إلى الولد كالرهن، فإن قلنا إن للمولى كان حكمه حكم العبد القن في الجناية والكسب والنفقة والوطء، وإن قلنا إنه موقوف فقتل ففي قيمته قولان: أحدهما أنها لأمه تستعين بها في الكتابة لأن القصد بالكتابة طلب حظها. والثاني أنها للمولى لأنه تابع للأم وقيمة الأم للمولى فكذلك قيمة ولدها، فإن كسب الولد مالاً ففيه قولان: أحدهما أنه للأم لأنه تابع لها في حكمها فكسبها لها فكذلك كسب ولدها، والثاني أنه موقوف لأن الكسب نماء الذات وذاته موقوفة فكذلك كسبه، فعلى هذا يجمع الكسب فإن عتق ملك الكسب كما تملك الأم كسبها إذا عتقت، وإن رق بعجز الأم صار الكسب للمولى فمن أصحابنا من خرج فيه قولاً ثالثاً أنه للمولى كما قلنا في قيمته في أحد القولين. وإن أشرفت الأم على العجز وكان في كسب الولد وفاء بمال الكتابة ففيه قولان: أحدهما أنه ليس للأم أن تستعين به على الأداء لأنه موقوف على السيد أو الولد فلم يكن للأم فيه حق، والثاني أن لها أن تأخذه وتؤديه لأنها إذا أدت عتقت وعتق الولد فكان ذلك أحظ للولد من أن ترق، ويأخذه المولى فإن احتاج الولد إلى النفقة ولم يكن في كسبه ما يفي، فإن قلنا إن الكسب للمولى فالنفقة عليه، وإن قلنا إنه للأم فالنفقة عليها، وإن قلنا إنه موقوف ففي النفقة وجهان: أحدهما أنها على المولى لأنه **مرصد لملكه**، والثاني أنها في بيت المال لأن المولى لا يملكه فلم يبق إلا بيت المال. وإن كان الولد جارية فوطئها المولى، فإن قلنا إن كسبه له لم يجب عليه المهر لأنه لو وجب لكان له، وإن قلنا إنه للأم فالمهر لها، وإن قلنا إنه موقوف وقف المهر، وإن أحبلها صارت أم ولد بشبهة الملك ولا تلزمه قيمتها لأن

بطلوع نجم قوله: (**مرصد لملكه**) أي مترقب يقال: رصدت فلاناً أرصده أي ترقبته وانتظرته ومنه قوله تعالى: ﴿إن جهنم كانت مرصاداً﴾ [النبأ: ٢١] أي معدة لهم ترتقبهم قوله: (ثم

القيمة تجب لمن يملكها، والأم لا تملك رقبتها وإنما هي موقوفة عليها.

فصل: وإن حبس السيد المكاتب مدة ففيه قولان: أحدهما يلزمه تخليته في مثل تلك المدة لأنه دخل في العقد على التمكين من التصرف في المدة فلزمه الوفاء به، والثاني تلزمه أجرة المثل للمدة التي حبسه فيها وهو الصحيح لأن المنافع لا تضمن بالمثل وإنما تضمن بالأجرة، وإن قهر أهل الحرب المكاتب على نفسه مدة **ثم أفلت من أيديهم** ففيه قولان: أحدهما لا تجب تخليته في مكث المدة لأنه لم يكن الحبس من جهته، والثاني تجب لأنه فات ما استحقه بالعقد ولا فرق بين أن يكون بتفريط أو غير تفريط كالمبيع إذا هلك في يد البائع، ولا يجيء ههنا إيجاب الأجرة على المولى لأنه لم يكن الحبس من جهته فلا تلزمه أجرته.

فصل: ولا يملك المكاتب التصرف إلا على وجه النظر والاحتياط لأن حق المولى يتعلق باكتسابه، فإن أراد أن يسافر فقد قال في الأم: يجوز. وقال في الأمالي: لا يجوز بغير إذن المولى. فمن أصحابنا من قال فيه قولان: أحدهما لا يجوز لأن فيه تغريراً، والثاني يجوز لأنه من أسباب الكسب. ومنهم من قال: إن كان السفر طويلاً لم يجز، وإن كان قصيراً جاز وحمل القولين على هذين الحالين والصحيح هو الطريق الأول.

فصل: ولا يجوز أن يبيع نسيئة وإن كان بأضعاف الثمن ولا على أن يأخذ بالثمن رهناً أو ضميناً لأنه يخرج المال من يده من غير عوض، والرهن قد يتلف والضمين قد يفلس، وإن باع ما يساوي مائة بمائة نقداً وعشرين نسيئة جاز لأنه لا ضرر فيه ولا يجوز أن يقرض ولا يضارب ولا يرهن لأنه إخراج مال بغير عوض.

فصل: ولا يجوز أن يشتري من يعتق عليه لأنه يخرج ما لا يملك التصرف فيه بمال لا يملك التصرف فيه وفي ذلك إضرار، وإن وصى له بمن يعتق عليه، فإن لم يكن له كسب لم يجز قبوله لأنه يحتاج أن ينفق عليه وفي ذلك إضرار، وإن كان له كسب جاز قبوله لأنه لا ضرر فيه، فإن قبله ثم صار زمناً لا كسب له فله أن ينفق فله لأن فيه إصلاحاً لماله.

فصل: ولا يعتق ولا يكاتب ولا يهب ولا يحابي ولا يبرئ من الدين ولا يكفر بالمال ولا ينفق على أقاربه الأحرار ولا يسرف في نفقة نفسه، وإن كان له أمة مزوجة لم تبذل العوض في الخلع لأن ذلك كله استهلاك للمال، وإن كان عليه دين مؤجل لم يملك تعجيله لأنه يقطع التصرف فيما يعجله من المال من غير حاجة، وإن كان مكاتباً بين نفسين لم يجز أن يقدم حق أحدهما لأن ما يقدمه من ذلك يتعلق به حقهما فلا يجوز أن

أفلت من أيديهم) بفتح الهمزة واللام. يقال: أفلت وتفلت وانفلت بمعنى وأفلته غيره قوله:

يخص به أحدهما، وإن أقر بجناية خطأ ففيه قولان: أحدهما يقبل لأنه إقرار بالمال فقبل كما لو أقر بدين معاملة، والثاني لا يقبل لأنه يخرج به الكسب من غير عوض فبطل كالهبة، وإن جنى هو أو عبد له يملك بيعه على أجنبي لم يجز أن يفديه بأكثر من قيمته لأن الفداء كالابتياع فلا يجوز بأكثر من القيمة، وإن كان عبداً لا يملك بيعه كالأب والابن لم يجز أن يفديه بشيء قل أو كثر لأنه يخرج ما يملك التصرف فيه لاستبقاء مالا يملك التصرف فيه.

فصل: وإن فعل ذلك كله بإذن المولى ففيه قولان: أحدهما لا يصح لأن المولى لا يملك ما في يده والمكاتب لا يملك ذلك بنفسه، فلا يصح باجتماعهما كالأخ إذا زوج أخته الصغيرة بإذنها. والثاني أنه يصح وهو الصحيح لأن المال موقوف عليهما، ولا يخرج منهما فصح باجتماعهما كالشريكين في المال المشترك والراهن والمرتهن في الرهن، وإن وهب للمولى أو حاباه أو أقرضه أو ضاربه أو عجل له ما تأجل من ديونه أو فدى جنايته عليه بأكثر من قيمته، فإن قلنا يصح للأجنبي بإذن المولى صح، وإن قلنا لا يصح في حق الأجنبي بإذنه لم يصح لأن قبوله كالإذن، فإن وهب أو أقرض وقلنا إنه لا يصح فله أن يسترجع فإن لم يسترجع حتى عتق لم يسترجع على ظاهر النص لأنه إنما لم يصح لنقصانه وقد زال ذلك، ومن أصحابنا من قال: له أن يسترجع لأنه قد وقع فاسداً فثبت له الاسترجاع.

فصل: ولا يتزوج المكاتب إلا بإذن المولى لما روي أن النبي ﷺ قال: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه **فهو عاهر**»[1] ولأنه يلزمه المهر والنفقة في كسبه وفي ذلك إضرار بالمولى فلم يجز بغير إذنه، فإن أذن له المولى جاز قولاً واحداً للخبر ولأن الحاجة تدعو إليه بخلاف الهبة.

فصل: **ولا يتسرى بجارية** من غير إذن المولى لأنه ربما أحبلها فتلفت بالولادة، فإن أذن له المولى وقلنا إن العبد يملك ففيه طريقان: من أصحابنا من قال على قولين كالهبة، ومنهم من قال: يجوز قولاً واحداً لأنه ربما دعت الحاجة إليه فجاز كالنكاح، فإن أولدها فالولد ابنه ومملوكه لأنه ولد جاريته، وتلزمه نفقته لأنه مملوكه بخلاف ولد الحرة، ولا يعتق عليه لنقصان ملكه فإن أدى المال عتق معه لأنه كمل ملكه وإن رق رق معه.

(فهو عاهر) العاهر الزاني يقال: عهر عهوراً وعهارة إذا زنى وفجر قوله: **(ولا يتسرى بجارية)**

---

(١) رواه أبو داود في كتاب النكاح باب ١٦. الترمذي في كتاب النكاح باب ٢١. ابن ماجه في كتاب النكاح باب ٤٣.

فصل: ويجب على المولى الإيتاء وهو أن يضع عنه جزءاً من المال أو يدفع إليه جزءاً من المال لقوله عز وجل: ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾ [النور: ٣٣] وعن علي كرم الله وجهه أن النبي ﷺ قال في هذه الآية: «يحط عنه ربع الكتابة» والوضع أولى من الدفع لأنه يتحقق الانتفاع به في الكتابة. واختلف أصحابنا في القدر الواجب فمنهم من قال: ما يقع عليه الاسم من قليل وكثير وهو المذهب، لأن اسم الإيتاء يقع عليه، وقال أبو إسحاق: يختلف باختلاف قلة المال وكثرته، فإن اختلفا قدره الحاكم باجتهاده كما قلنا في المتعة، فإن اختار الدفع جاز بعد العقد للآية وفي وقت الوجوب وجهان: أحدهما يجب بعد العتق كما تجب المتعة بعد الطلاق، والثاني أنه يجب قبل العتق لأنه إيتاء وجب للمكاتب فوجب قبل العتق كالإيتاء في الزكاة ولا يجوز الدفع من غير جنس مال الكتابة لقوله تعالى: ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾ فإن دفع إليه من جنسه من غير ما أداه إليه ففيه وجهان: أحدهما يجوز كما يجوز في الزكاة أن يدفع من غير المال الذي وجب فيه الزكاة، والثاني لا يجوز وهو الصحيح للآية. وإن سبق المكاتب وأدى المال لزم المولى أن يدفع إليه لأنه مال وجب للآدمي فلم يسقط من غير أداء ولا إبرء كسائر الديون، وإن مات المولى وعليه دين **حاص المكاتب أصحاب الديون**، ومن أصحابنا من قال: يحاص الوصايا لأنه دين ضعيف غير مقدر فسوى بينه وبين الوصايا، والصحيح هو الأول لأنه دين واجب فحاص به الغرماء كسائر الديون وبالله التوفيق.

باب الأداء والعجز

ولا يعتق المكاتب ولا شيء منه وقد بقي عليه شيء من المال لما روى عمرو بن شعيب رضي الله عنه عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم»[1] ولأنه علق عتقه على دفع مال فلا يعتق شيء منه مع بقاء جزء منه كما لو قال لعبده: إن دفعت إلي ألفاً فأنت حر، فإن كاتب رجلان عبداً بينهما ثم أعتق أحدهما

ذكر في المهذب في اشتقاق التسري ثلاثة أوجه من السرى وهو الجودة أو من السر وهو الجماع أو من سراة الأديم وهو وسط الظهر. وذكر الجوهري وجهاً آخر أنه مشتق من السرور وهو الفرح. وأصله تسررت فأبدلت الراء الأخرى ياء كما قالوا تظنيت في تظننت. قوله: (**ويجب على المولى الإيتاء**) أي الإعطاء يقال آتيت فلاناً مالاً أي أعطيته. وقوله تعالى: ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾ [النور: ٣٣] أي أعطوهم من مال الله الذي أعطاكم قوله: (**حاص المكاتب أصحاب الديون**) أي أخذ الحصة وهي النصيب وأصله حاصص فأدغم.

---

(١) رواه أبو داود في كتاب العتاق باب ١. الترمذي في كتاب البيوع باب ٣٥. الموطأ في كتاب المكاتب حديث ١، ٢.

نصيبه أو أبرأه مما عليه من مال الكتابة عتق نصيبه لأنه برئ من جميع ماله عليه فعتق كما لو كاتب عبداً فأبرأه، فإن كان المعتق موسراً فقد قال أصحابنا: يقوم عليه نصيب شريكه كما لو أعتق شركاً له في عبد، وعندي أنه يجب أن يكون على قولين: أحدهما يقوم عليه والثاني لا يقوم كما قلنا في شريكين دبرا عبداً ثم أعتق أحدهما نصيبه أنه على قولين: أحدهما يقوم، والثاني لا يقوم. فإذا قلنا إنه يقوم عليه ففي وقت التقويم قولان: أحدهما يقوم في الحال كما نقول فيمن أعتق شركاً له في عبد، والثاني يؤخر التقويم إلى أن يعجز لأنه قد ثبت للشريك حق العتق والولاء في نصيبه فلا يجوز إبطاله عليه، وإن كاتب عبده ومات وخلف اثنين فأبرأه أحدهما عن حصته عتق نصيبه لأنه أبرأه من جميع ما له عليه، فإن كان الذي أبرأه موسراً فهل يقوم عليه نصيب شريكه فيه قولان: أحدهما لا يقوم لأن سبب العتق وجد من الأب ولهذا يثبت الولاء له، والثاني يقوم عليه وهو الصحيح لأن العتق تعجل بفعله، فعلى هذا هل يتعجل التقويم والسراية فيه قولان: أحدهما يتعجل لأنه عتق يوجب السراية فتعجلت به كما لو أعتق شركاً له في عبد، والثاني يؤخر إلى أن يعجز لأن حق الأب في عتقه وولائه أسبق فلم يجز إبطاله، وإن كاتب رجلان عبداً بما يجوز وأذن أحدهما للآخر في تعجيل حق شريكه من المال وقلنا إنه يصح الإذن عتق نصيبه، وهل يقوم عليه نصيب شريكه فيه قولان: أحدهما لا يقوم لتقدم سببه الذي اشتركا فيه، والثاني يقوم لأنه عتق نصيبه بسبب منه، ومتى يقوم فيه قولان: أحدهما يقوم في الحال لأنه تعجل عتقه، والثاني يؤخر إلى أن يعجز لأنه قد ثبت لشريكه عقد يستحق به العتق والولاء فلم يجز أن يقوم عليه ذلك، فعلى هذا إن أدى عتق باقيه، وإن عجز قوم على المعتق، وإن مات قبل الأداء والعجز مات ونصفه حر ونصفه مكاتب.

فصل: وإن حل عليه نجم وعجز عن أداء المال جاز للمولى أن يفسخ العقد لأنه أسقط حقه بعوض، فإذا تعذر العوض ووجد عين ماله جاز له أن يفسخ ويرجع إلى عين ماله كما لو باع سلعة فأفلس المشتري بالثمن ووجد البائع عين ماله، وإن كان معه ما يؤذيه فامتنع من أدائه جاز له الفسخ لأن تعذر العوض بالامتناع كتعذره بالعجز لأنه لا يمكن إجباره على أدائه، وإن عجز عن بعضه أو امتنع من أداء بعضه جاز له أن يفسخ لأنا بينا أن العتق في الكتابة لا يتبعض فكان تعذر البعض كتعذر الجميع، ويجوز الفسخ من غير حاكم لأنه فسخ مجمع عليه فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ البيع العيب.

فصل: وإن حل عليه نجم ومعه متاع فاستنظر لبيع المتاع وجب إنظاره لأنه قادر على أخذ المال من غير إضرار، ولا يلزمه أن ينظر أكثر من ثلاثة أيام لأن الثلاثة قليل فلا ضرر عليه في الانتظار وما زاد كثير وفي الانتظار إضرار، وإن طلب الإنظار لمال غائب فإن كان على **مسافة** لا تقصر فيها الصلاة وجب إنظاره لأنه قريب لا ضرر في إنظاره،

قوله: **(مسافة)** هي القطعة من الأرض يسافر فيها وقد ذكرت.

وإن كان على مسافة تقصر فيها الصلاة لم يجب لأنه طويل وفي الانتظار إضرار، وإن طلب الإنظار لاقتضاء دين، فإن كان حالاً على مليء وجب إنظاره لأنه كالعين في يد المودع ولهذا تجب فيه الزكاة، وإن كان مؤجلاً أو على معسر لم يجب الإنظار لأن عليه إضراراً في الإنظار فإن حل عليه المال وهو غائب ففيه وجهان: أحدهما له أن يفسخ لأنه تعذر المال فجاز له الفسخ، والثاني ليس له أن يفسخ بل يرجع إلى الحاكم ليكتب إلى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليطالبه، فإن عجز أو امتنع فسخ لأنه لا يتعذر الأداء إلا بذلك فلا يفسخ قبله. وإن حل عليه النجم وهو مجنون، فإن كان معه ما يسلم إلى المولى عتق لأنه قبض ما يستحقه فبرئت به ذمته، وإن لم يكن معه شيء فعجزه المولى وفسخ ثم ظهر له مال نقض الحكم بالفسخ لأنا حكمنا بالعجز في الظاهر وقد بان خلافه فنقض كما لو حكم الحاكم ثم وجد النص بخلافه، وإن كان قد أنفق عليه الفسخ رجع بما أنفق لأنه لم يتبرع بل أنفق على أنه عبده، فإن أفاق بعد الفسخ وأقام البينة أنه كان قد أدى المال نقض الحكم بالفسخ، ولا يرجع المولى بما أنفق عليه بعد الفسخ لأنه تبرع لأنه أنفق وهو يعلم أنه حر، وإن حل النجم فأحضر المال وادعى السيد أنه حرام ولم تكن له بينة فالقول قول المكاتب مع يمينه لأنه في يده والظاهر أنه له، فإن حلف خير المولى بين أن يأخذه وبين أن يبرئه منه، فإن لم يفعل قبض عنه السلطان لأنه حق يدخله النيابة فإذا امتنع منه قام السلطان مقامه.

فصل: وإن قبض المال وعتق ثم وجد به عيباً فله أن يرد ويطالب بالبدل فإن رضي به استقر العتق لأنه برئت ذمة العبد، وإن رده ارتفع العتق لأنه يستقر باستقرار الأداء وقد ارتفع الأداء بالرد فارتفع العتق وإن وجد به العيب وقد حدث به عنده عيب ثبت له الأرش، فإن دفع الأرش استقر العتق، وإن لم يدفع ارتفع العتق لأنه لم يتم براءة الذمة من المال، وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار ثم مرض بطلت الكتابة في قدر الخدمة وفي الباقي طريقان أحدهما أنه على قولين، والثاني أنه لا يبطل قولاً واحداً بناء على الطريقين فيمن ابتاع عينين ثم تلفت إحداهما قبل القبض.

فصل: فإن أدى المال وعتق ثم خرج المال مستحقاً بطل الحكم بعتقه لأن العتق يقع بالأداء، وقد بان أنه لم يؤد وإن كان الاستحقاق بعد موت المكاتب كان ما ترك للمولى دون الورثة لأنا قد حكمنا بأنه مات رقيقاً.

فصل: فإن باع المولى ما في ذمة المكاتب وقلنا إنه لا يصح فقبضه المشتري فقد قال في موضع يعتق وقال في موضع لا يعتق، واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس فيه

. . . .

قولان: أحدهما يعتق لأنه قبضه بإذنه فأشبه إذا دفعه إلى وكيله، والثاني وهو الصحيح أنه لا يعتق لأنه لم يقبضه للمولى وإنما قبضه لنفسه ولم يصح قبضه لنفسه لأنه لم يستحقه فصار كما لو لم يؤخذ. وقال أبو إسحاق: هي على اختلاف حالين فالذي قال يعتق إذا أمره المكاتب بالدفع إليه لأنه قبضه بإذنه والذي قال لا يعتق إذا لم يأمره بالدفع إليه لأنه لم يأخذه بإذنه وإنما أخذه بما تضمنه البيع من الإذن والبيع باطل فبطل ما تضمنه.

فصل: إذا اجتمع على المكاتب دين الكتابة ودين المعاملة وأرش الجناية وضاق ما في يده عن الجميع قدم دين المعاملة لأنه يختص بما في يده والسيد والمجني عليه يرجعان إلى الرقبة، فإن فضل عن الدين شيء قدم حق المجني عليه لأن حقه يقدم على حق المالك في العبد القن فكذلك في المكاتب، وإن لم يكن له شيء فأراد صاحب الدين تعجيزه لم يكن له ذلك لأن حقه في الذمة فلا فائدة في تعجيزه بل تركه على الكتابة أنفع له لأنه ربما كسب ما يعطيه، وإذا عجزه بقي حقه في الذمة إلى أن يعتق، فإن أراد المولى أو المجني عليه تعجيزه كان له ذلك لأن المولى يرجع بالتعجيز إلى رقبته والمجني عليه ببيعه في الجناية فإن عجزه المولى انفسخت الكتابة وسقط دينه وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع في الجناية وبين أن يفديه، فإن عجزه المجني عليه نظرت؛ فإن كان الأرش يحيط بالثمن بيع وقضى حقه، وإن كان دون الثمن بيع منه ما يقضي منه الأرش، وبقي الباقي على الكتابة وإن أدى كتابة باقيه عتق وهل يقوم الباقي عليه إن كان موسراً فيه وجهان: أحدهما لا يقوم لأنه وجد سبب العتق قبل التبعيض، والثاني يقوم عليه لأن اختياره للإنظار كابتداء العتق.

باب الكتابة الفاسدة

إذا كاتب على عوض محرم أو شرط باطل فللسيد أن يرجع فيها لأنه دخل على أن يسلم له ما شرط، ولم يسلم فثبت له الرجوع وله أن يفسخ بنفسه لأنه مجمع عليه، وإن مات المولى أو جن أو حجر عليه بطل العقد لأنه غير لازم من جهته فبطل بهذه الأشياء كالعقود الجائزة، فإن مات العبد بطل لأنه لا يلحقه العتق بعد الموت، وإن جن لا تبطل لأنه لازم من جهة العبد، فلم تبطل بجنونه كالعتق المعلق على دخول الدار.

فصل: وإن أدى ما كاتبه عليه قبل الفسخ عتق لأن الكتابة تشتمل على معاوضة وهو قوله كاتبتك على كذا وعلى صفة وهو قوله فإذا أديت فأنت حر، فإذا بطلت المعاوضة بقيت الصفة فعتق بها وإن أداه إلى غير من كاتبه لم يعتق لأنه لم توجد الصفة، فإذا عتق

من باب الكتابة الفاسدة

قوله: **(تقاصا)** أصل المقاصة المماثلة من قولهم قص الخبر إذا حكاه فأداه على مثل ما

تبعه ما فضل في يده من الكسب، وإن كانت جارية تبعها الولد لأنه جعل كالكتابة الصحيحة في العتق فكانت كالصحيحة في الكسب والولد.

فصل: ويرجع السيد عليه بقيمته لأنه أزال ملكه عنه بشرط ولم يسلم له الشرط وتعذر الرجوع إليه فرجع ببدله كما لو باع سلعة بشرط فاسد فتلفت في يد المشتري، ويرجع العبد على المولى بما أداه إليه لأنه دفعه عما عليه، فإذا لم يقع عما عليه ثبت له الرجوع، فإن كان ما دفع من جنس القيمة وعلى صفتها كالأثمان وغيرها من ذوات الأمثال ففيه أربعة أقوال: أحدها أنهما يتقاصان فسقط أحدهما بالآخر لأنه لا فائدة في أخذه ورده، والثاني أنه إن رضي أحدهما **تقاصا** وإن لم يرض واحد منهما لم يتقاصا لأنه إذا رضي أحدهما فقد اختار الراضي منهما قضاء ما عليه بالذي له على الآخر ومن عليه حق يجوز أن يقضيه من أي جهة شاء، والثالث أنهما إن تراضيا تقاصا وإن لم يتراضيا لم يتقاصا لأنه إسقاط حق بحق فلم يجز إلا بالتراضي كالحوالة، والرابع أنهما لايتقاصان بحال لأنه بيع دين بدين، وإن أخذ من سهم الرقاب في الزكاة، فإن لم يكن فيه وفاء استرجع منه وإن كان فيه وفاء فقد قال في الأم: يسترجع ولا يعتق لأنه بالفساد خرج عن أن يكون من الرقاب، ومن أصحابنا من قال: لا يسترجع لأنه كالكتابة الصحيحة في العتق والكسب.

فصل: فإن كاتب عبداً صغيراً أو مجنوناً فأدى ما كاتبه عليه عتق بوجود الصفة، وهل يكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة مع البالغ في ملك ما فضل في يده من الكسب وفي التراجع؟ فيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه لا يملك ما فضل في يده من الكسب، ولا يثبت التراجع وهو رواية المزني في المجنون لأن العقد مع الصبي ليس بعقد ولهذا لو ابتاع شيئاً وقبضه وتلف في يده لم يلمه الضمان بخلاف البالغ فإن عقده عقد يقتضي الضمان ولهذا لو اشترى شيئاً ببيع فاسد وتلف عنده لزمه الضمان، والثاني وهو قول أبي العباس أنه يملك ما فضل من الكسب ويثبت بينهما التراجع وهو رواية الربيع في المجنون لأنه كتابة فاسدة فأشبهت كتابة البالغ بشرط فاسد.

فصل: وإن كاتب بعض عبده وقلنا إنه لا يصح فلم يفسخ حتى أدى المال عتق لوجود الصف وتراجعا وسرى العتق إلى باقيه لأنه عتق بسبب منه، فإن كاتب شركاً في عبد من غير إذن شريكه نظرت؛ فإن جمع كسبه ودفع نصفه إلى الشريك ونصفه للذي كاتبه عتق لوجود الصفة، فإن جمع الكسب كله وأداه ففيه وجهان: أحدهما لا يعتق لأن

سمع. والقصاص في الجرح أن يستوفي مثل جرحه، وكذلك سميت المقاصة في الدين لأن على كل واحد منهما لصاحبه مثل ما للآخر.

الأداء يقتضي أداء ما يملك التصرف فيه وما أداه من مال الشريك لا يملك التصرف فيه. والثاني يعتق لأن الصفة قد وجدت فإن كاتبه بإذن شريكه فإن قلنا إنه باطل فالحكم فيه كالحكم فيه إذا كاتبه بغير إذنه، وإن قلنا إنه صحيح ودفع نصف الكسب إلى الشريك ونصفه إلى الذي كاتبه عتق فإن جمع الكسب كله ودفعه إلى الذي كاتبه قد قال بعض أصحابنا فيه وجهان كالقسم قبله والمذهب أنه لا يعتق لأن الكتابة صحيحة والمغلب فيها حكم المعاوضة، فإذا دفع فيها مالاً يملكه صار كما لو لم يؤد بخلاف القسم قبله فإنها كتابة فاسدة والمغلب فيها الصفة، وإذا حكمنا بالعتق في هذه المسائل في نصيبه، فإن كان المعتق موسراً سرى إلى نصيب الشريك وقوم عليه لأنه عتق بسبب منه ولا يلزم العبد ضمان السراية لأنه لم يلتزم ضمان ما سرى إليه.

فصل: وإن كاتب عبيداً على مال واحد وقلنا إن الكتابة صحيحة فأدى بعضهم عتق لأنه بريء مما عليه، وإن قلنا إن الكتابة فاسدة فأدى بعضهم فالمنصوص أنه يعتق لأن الكتابة الفاسدة محمولة على الكتابة الصحيحة في الأحكام فكذلك في العتق بالأداء. ومن أصحابنا من قال لا يعتق وهو الأظهر لأن العتق في الكتابة الفاسدة بالصفة وذلك لم يوجد بأداء بعضهم.

باب اختلاف المولى والمكاتب

إذا اختلفا فقال السيد كاتبتك وأنا مغلوب على عقلي أو محجور عليَّ فأنكر العبد، فإن كان قد عرف له جنون أو حجر فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل بقاؤه على الجنون أو الحجر، وإن لم يعرف له ذلك فالقول قول العبد لأن الظاهر عدم الجنون والحجر، وإن اختلفا في قدر المال أو في نجومه تحالفا قياساً على المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن أو في الأجل، فإن كان ذلك قبل العتق فهل تنفسخ بنفس التحالف أو يفتقر إلى الفسخ فيه وجهان كما ذكرناه في المتبايعين وإن كان التحالف بعد العتق لم يرتفع العتق ويرجع المولى بقيمته ويرجع المكاتب بالفضل كما نقول في البيع الفاسد.

فصل: وإن وضع شيئاً عنه من مال الكتابة ثم اختلفا فقال السيد وضعت النجم الأخير، وقال المكاتب بل الأول فالقول قول السيد، وإن كتبه على ألف درهم فوضع عنه خمسين ديناراً لم يصح لأنه أبرأه مما لا يملكه، فإن قال أردت ألف درهم بقيمة خمسين ديناراً صح، وإن اختلفا فيما عني فادعى المكاتب أنه عني ألف درهم بقيمة خمسين ديناراً وأنكر السيد ذلك فالقول قول السيد لأن الظاهر معه ولأنه أعرف بما عني وإن أدى المكاتب ما عليه فقال له المولى: أنت حر وخرج المال مستحقاً فادعى العبدان عتقه بقوله

. . . .

أنت حر وقال المولى أردت أنك حر بما أديت وقد بان أنه مستحق فالقول قول السيد لأنه يحتمل الوجهين وهو أعرف بقصده، وإن قال السيد استوفيت أو قال العبد أليس أوفيتك فقال بلى فادعى المكاتب أنه وفاه الجميع وقال المولى بل وفاني البعض فالقول قول السيد لأن الاستيفاء لا يقتضي الجميع.

فصل: وإن كان المكاتب جارية وأتت بولد فاختلفا في ولدها وقلنا إن الولد يتبعها فقالت الجارية ولدته بعد الكتابة فهو موقوف معي، وقال المولى بل ولدته قبل الكتابة فهو لي فالقول قول السيد لأن هذا اختلاف في وقت العقد والسيد يقول العقد بعد الولادة والمكاتبة تقول قبل الولادة والأصل عد العقد. وإن كاتب عبداً ثم زوجه أمة له ثم اشترى المكاتب زوجته وأتت بولد فقال السيد: أتت به قبل الشراء فهو لي وقال العبد: بل أتت به بعدما اشتريتها فهو لي فالقول قول العبد لأن هذا الاختلاف في الملك والظاهر مع العبد لأنه في يده بخلاف المسألة قبلها، فإن هناك لم يختلفا في الملك وإنما اختلفا في وقت العقد.

فصل: وإن كاتب عبدين فأقر أنه استوفى ما على أحدهما أو أبرأ أحدهما واختلف العبدان فادعى كل واحد منهما أنه هو الذي استوفى منه أو أبرأه رجع إلى المولى، فإن أخبر أنه أحدهما قبل منه لأنه أعرف بمن استوفى منه أو أبرأه، فإن طلب الآخر يمينه حلف له وإن ادعى المولى أنه أشكل عليه لم يقرع بينهما لأنه قد يتذكر، فإن ادعيا أنه يعلم حلف لكل واحد منهما وبقيا على الكتابة ومن أصحابنا من قال ترد الدعوى عليهما، فإن حلفا أو نكلا بقيا على الكتابة، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر عتق الحالف وبقي الآخر على الكتابة، وإن مات المولى قبل أن يعين ففيه قولان: أحدهما يقرع بينهما لأن الحرية تعينت لأحدهما ولا يمكن التعيين بغير القرعة فوجب تمييزها بالقرعة كما لو قال لعبدين أحدكما حر، والثاني أنه لا يقرع لأن الحرية تعينت في أحدهما، فإذا أقرع لم يؤمن أن تخرج القرعة على غيره فعلى هذا يرجع إلى الوارث فإن قال لا أعلم حلف لكل واحد منهما وبقيا على الكتابة على ما ذكرناه في المولى.

فصل: وإن كاتب ثلاثة أعبد في قود أو في عقد على مائة وقلنا إنه يصح وقيمة أحدهم مائة، وقيمة كل واحد من الآخرين خمسون، فأدوا مالاً من أيديهم ثم اختلفوا فقال: من كثرت قيمته النصف لي ولكل واحد منكما الربع، وقال الآخران بل المال بيننا أثلاثاً، ويبقى عليك تمام النصف ويفضل لكل واحد منا ما زاد على الربع فقد قال في موضع: القول قول من كثرت قيمته، وقال في موضع: القول قول من قلت قيمته، فمن

. . . .

أصحابنا من قال هي على قولين: أحدهما أن القول قول من قلت قيمته وأن المؤدي بينهم أثلاثاً لأن يد كل واحد منهم على ثلث المال، والثاني أن القول قول من كثرت قيمته لأن الظاهر معه، فإن العادة أن الإنسان لا يؤدي أكثر مما عليه، ومنهم من قال هي على اختلاف حالين فالذي قال القول قول من كثرت قيمته إذا وقع العتق بالأداء لأن الظاهر أنه لا يؤدي أكثر مما عليه والذي قال إن القول قول من قلت قيمته إذا لم يقع العتق بالأداء فيؤدي من قلت قيمته أكثر مما عليه ليكون الفاضل له من النجم الثاني، والدليل عليه أنه قال في الأم: إذا كاتبهم على مائة فأدوا ستين، فإذا قلنا إنه بينهم على العدد أثلاثاً فأراد العبدان أن يرجعا بما فضل لهما لم يجز لأن الظاهر أنهما تطوعا بالتعجيل فلا يرجعان به ويحتسب لهما من النجم الثاني.

فصل: وإن كاتب رجلان عبداً بينهما فادعى المكاتب أنه أدى إليهما مال الكتابة، فأقر أحدهما وأنكر الآخر عتق حصة المقر والقول قول المنكر مع يمينه، فإذا حلف بقيت حصته على الكتابة فله أن يطالب المقر بنصف ما أقر بقبضه وهو الربع لحصول حقه في يده ويطالب المكاتب بالباقي وله أن يطالب المكاتب بالجميع وهو النصف، فإن قبض حقه منهما أو من أحدهما عتق المكاتب، وليس لأحد من المقر والمكاتب أن يرجع على صاحبه بما أخذه منه لأن كل واحد منهم يدعي أن الذي ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره. وإن وجد المكاتب عاجزاً فعجزه أحدهما رق نصفه قال الشافعي رحمه الله: ولا يقوم على المقر لأن التقويم لحق العبد وهو يقول أنا حر مسترق ظلماً، فلا يقوم ولا تقبل شهادة المصدق على المكذب لأنه يدفع بها ضرراً من استرجاع نصف ما في يده، فإن ادعى المكاتب أنه دفع جميع المال إلى أحدهما ليأخذ منه النصف ويدفع إلى شريكه النصف نظرت، فإن قال المدعى عليه دفعت إلى كل واحد منا النصف وأنكره الآخر عتق حصة المدعى عليه بإقراره وبقيت حصة المنكر على الكتابة من غير يمين لأنه لا يدعي عليه واحد منهما تسليم المال إليه، وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه، وله أن يطالب المقر بنصفه والمكاتب بنصفه، ولا يرجع واحد منهما بما يؤخذ منه على الآخر لأن كل واحد منهما يدعي أن الذي ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره، فإن استوفى المنكر حقه منهما أو من المكاتب عتقت حصته وصار المكاتب حراً. وإن عجز المكاتب فاسترقه فقد قال الشافعي رحمه الله: إنه يقوم على المقر ووجهه أنه عتق نصيبه بسبب من جهته. وقال في المسألة قبلها لا يقوم فمن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة منهما إلى الأخرى فجعلهما على قولين، ومنهم من قال يقوم ههنا ولا يقوم في المسألة قبلها على ما

....

نص عليه لأن في المسألة قبلها يقول المكاتب أنا حر فلا أستحق التقويم على أحد وههنا يقول نصفي مملوك فاستحق التقويم، وإن قال المدعى عليه قبضت المال وسلمت نصفه إلى شريكي وأمسكت النصف لنفسي وأنكر الشريك القبض عتق حصة المدعى عليه والقول قول المنكر مع يمينه لأن المقر يدعي التسليم إليه، فإذا حلف بقيت حصته على الكتابة وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه بالعقد وله أن يطالب المقر بإقراره بالقبض، فإن رجع على المقر لم يرجع المقر على المكاتب لأنه يقول إن شريكي ظلمني، وإن رجع على المكاتب رجع المكاتب على المقر صدقه على الدفع أو كذبه لأنه فرط في ترك الإشهاد، فإن حصل للمنكر ما له من أحدهما عتق المكاتب، وإن عجز المكاتب عن أداء حصة المنكر كان للمنكر أن يستحق نصيبه، فإذا رق قوم على المقر لأنه عتق بسبب كان منه وهو الكتابة، ويرجع المنكر على المقر بنصف ما أقر بقبضه لأنه بالتعجيز استحق نصف كسبه، وإن حصل المال من جهة المكاتب عتق باقيه ورجع المكاتب على المقر بنصف ما أقر بقبضه لأنه كسبه.

. . . .

كتاب عتق أمهات الأولاد

إذا علقت الأمة بولد حر في ملك الواطئ صارت أم ولد له فلا يملك بيعها ولا هبتها ولا الوصية بها لما ذكرناه في البيوع، فإن مات السيد عتقت لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من ولدت منه أمته فهي حرة من بعد موته»(١) وتعتق من رأس المال لأنه ائتلاف حصل بالاستمتاع فاعتبر من رأس المال كالإئتلاف بأكل الطيب ولبس الناعم، وإن علقت بولد مملوك في غير ملك من زوج أو زنا لم تصر أم ولد له لأن حرمة الاستيلاد إنما تثبت للأم تجربة الولد والدليل عليه أن رسول الله ﷺ ذكرت له **مارية القبطية** فقال: «أعتقها ولدها» والولد ههنا مملوك فلا يجوز أن تعتق الأم بسببه، وإن علقت بولد حر بشبهة من غير ملك لم تصر أم ولد في الحال فإذا ملكها ففيه قولان: أحدهما لا تصير أم ولد لأنها علقت منه في غير ملكه فأشبه إذا علقت منه في نكاح فاسد أو زنا. والثاني أنها تصير أم ولد لأنها علقت منه بحر فأشبه إذا علقت منه في ملكه. وإن علقت بولد مملوك في ملك ناقص وهي جارية المكاتب إذا علقت من مولاها ففيه قولان: أحدهما أنها لا تصير أم ولد لأنها علقت منه بمملوك، والثاني أنها تصير أم ولد لأنه قد ثبت لهذا الولد حق الحرية ولهذا لا يجوز بيعه فثبت هذا الحق لأمه.

فصل: وإن وطئ أمته فأسقطت جنيناً ميتاً كان حكمه حكم الولد الحي في الاستيلاد لأنه ولد، وإن اسقطت جزءاً من الآدمي كالعين والظفر أو مضغة، فشهد أربع نسوة من أهل المعرفة والعدالة أنه تخطط وتصور ثبت له حكم الولد لأنه قد علم أنه ولد، **وإن ألقت مضغة** لم تتصور ولم تتخطط وشهد أربع من أهل العدالة والمعرفة أنه مبتدأ خلق الآدمي ولو بقي لكان آدمياً فقد قال ههنا ما يدل على أنها لا تصير أم ولد وقال في العدة: تنقضي به العدة فمن أصحالنا من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلها على قولين: أحدهما لا يثبت له حكم الولد في الاستيلاد ولا في انقضاء العدة لأنه ليس بولد، والثاني يثبت له حكم الولد في الجميع لأنه خلق بشر فأشبه إذا تخطط، ومنهم من قال: لا يثبت له حكم الولد في الاستيلاد، وتنقضي به العدة لأنه حرمة الاستيلاد تتعلق بوجود

ومن كتاب عتق أمهات الأولاد

قوله: (**مارية القبطية**) بغير تشديد. والمرو ضرب من الرياحين لعلها سميت به قال الأعشى:

وآس وخيـرى ومـروى وسـمـسـق

السمسق المرزنجرش. وروى وسوسن ولعلها منقولة من مارية للطائر المعروف قوله: (**تخطط وتصور**) أو ظهر فيه خلق الآدمي وتبين كما يتبين الخط في الشيء الذي يخطط بقلم أو حديدة وسوى ذلك. وتصور ظهر فيه صور الآدمي. قوله: (**وإن ألقت مضغة**) المضغة

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب العتق باب ٢. أحمد في مسنده (٣٠٣/١).

الولد ولم يوجد الولد والعدة تراد لبراءة الرحم وبراءة الرحم تحصل بذلك.

فصل: ويملك استخدام أم الولد وإجارتها ويملك وطأها لأنها باقية على ملكه، وإنما ثبت لها حق الحرية بعد الموت وهذه التصرفات لا تمنع العتق فبقيت على ملكه وهل يملك تزويجها فيه ثلاثة أقوال: أحدها يملك لأنه يملك رقبتها ومنفعتها فملك تزويجها كالأمة القنة، والثاني يملك تزويجها برضاها ولا يملك من غير رضاها لأنها تستحق الحرية بسبب لا يملك المولى إبطاله فملك تزويجها برضاها ويملك بغير رضاها كالمكاتبة، والثالث لا يملك تزويجها بحال لأنها ناقصة في نفسها وولاية المولى عليها ناقصة فلم يملك تزويجها كالأخ في تزويج أخته الصغيرة، فعلى هذا هل يجوز للحاكم تزويجها بإذنهما فيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة أنه لا يملك لأنه قائم مقامهما ويعقد بإذنهما، فإذا لم يملك العقد باجتماعهما لم يملك مع من يقوم مقامهما، والثاني وهو قول أبي سعيد الإصطخري إنه يملك تزويجها لأنه يملك بالحكم ما لا يملك بالولاية وهو تزويج الكافرة.

فصل: وإن أتت أم الولد بولد من نكاح أو زنا تبعها في حقها من العتق بموت السيد لأن الاستيلاد كالعتق المنجز، ثم الولد يتبع الأم في العتق فكذلك في الاستيلاد، فإن ماتت الأم قبل موت السيد لم يبطل الحكم في ولدها لأنه حق استقر له في حياة الأم فلم يسقط بموتها.

فصل: وإن جنت أم الولد لزم المولى أن يفديها لأنه منع من بيعها بالإحبال، ولم يبلغ بها إلى حال يتعلق الأرش بذمتها فلزمه ضمان جنايتها كالعبد القن إذا جنى وامتنع المولى من بيعه ويفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو أرش الجناية قولاً واحداً لأن في العبد القن إنما فداه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ في أحد القولين لأنه يمكن بيعه فربما رغبت فيه من يشتريه بأكثر من قيمته وأم الولد لا يمكن بيعها فلا يلزمه أن يفديها بأكثر من قيمتها، وإن جنت ففداها بجميع القيمة ثم جنت فيه قولان: أحدهما يلزمه أن يفديها لأنه إنما لزمه أن يفديها في الجناية الأولى لأنه منع من بيعها، ولم يبلغ بها حالة يتعلق الأرش بذمتها وهذا موجود في الجناية الثانية، فوجب أن تفدي كالعبد القن إذا جنى وامتنع من بيعه ثم جنى وامتنع من بيعه، والقول الثاني وهو الصحيح أنه لا يلزمه أن يفديها بل يقسم القيمة التي فدى بها الجناية الأولى بين الجنايتين على قدر أرشهما لأنه بالإحبال صار كالمتلف لرقبتها فلم يضمن أكثر من قيمتها، وتخالف العبد القن فإنه فداه لأنه امتنع من بيعه والإمتاع يتكرر فتكرر بها وههنا لزمه الفداء للإتلاف بالإحبال وذلك لا يتكرر فلم يتكرر الفداء. وإن جنت ففداها ببعض قيمتها ثم جنت فإن بقي من قدر قيمتها ما يفدي به الجناية الثانية لزمه أن يفديها، وإن بقي ما يفدي به بعض الجناية الثانية فعلى القولين؛ إن قلنا يلزمه أن يفدي الجناية الثانية لزمه أن يفديها، وإن قلنا يشارك الثاني الأول في القيمة ضم ما بقي من قيمتها

القطعة وجمعها مضغ. والمضغة الواحدة من اللحم. وقلب الإنسان مضغة من جسده وفي الحديث: «إن في ابن آدم مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله».

إلى ما فدى به الجناية الأولى، ثم يقسم الجميع بين الجنايتين على قدر أرشهما.

فصل: وإن أسلمت أم ولد نصراني تركت على يد امرأة ثقة، وأخذ المولى بنفقتها إلى أن تموت فتعتق لأنه لا يمكن بيعها لما فيه من إبطال حقها من العتق المستحق بالاستيلاد، ولا يمكن إعتاقها لما فيه من إبطال حق المولى، ولا يمكن إقرارها في يده لما فيه من الصغار على الإسلام فلم يبق إلا ما ذكرناه. وإن كاتب كافر عبد كافراً ثم أسلم العبد بقي على الكتابة لأنه أسلم في حال لا يمكن مطالبة المالك ببيعه أو إعتاقه وهو خارج عن يده وتصرفه على حالته فإن عجز ورق أمر ببيعه.

بـاب الـولاء

إذا أعتق الحر مملوكاً ثبت له عليه الولاء لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: اشتريت بريرة واشترط أهلها ولاءها فقال رسول الله ﷺ: «أعتقي فإنما الولاء لمن أعتق»[1] وإن عتق عليه بتدبير أو كتابة أو استيلاد أو قرابة أو عتق عنه غيره ثبت له عليه الولاء لأنه عتق عليه فثبت له الولاء كما لو باشر عتقه، وإن باع الرجل عبده من نفسه ففيه وجهان: أحدهما أنه يثبت له عليه الولاء لأنه لم يثبت عليه رق غيره، والثاني لا ولاء عليه لأحد لأنه لم يعتق عليه في ملكه ولا يملك العبد الولاء على نفسه فلم يكن عليه ولاء.

فصل: وإن أعتق المكاتب عبداً بإذن المولى وصححنا عتقه ففي ولائه قولان: أحدهما أنه للسيد لأن العتق لا ينفك من الولاء والمكاتب ليس من أهله فوجب أن يكون للسيد. والثاني أنه موقوف، فإن عتق فهو له فإن عجز فهو للسيد لأن المعتق هو المكاتب فوقف الولاء عليه. فإن مات العبد المعتق قبل عجز المكاتب أو عتقه ففي ماله قولان: أحدهما أنه موقوف على ما يكون من أمر المكاتب كالولاء، والثاني أنه للسيد لأن الولاء يجوز أن ينتقل فجاز أن يقف والإرث لا يجوز أن ينتقل فلم يجز أن يقف.

فصل: وإن أعتق مسلم نصرانياً أو أعتق نصراني مسلماً ثبت له الولاء لأن الولاء كالنسب والنسب يثبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء، وإن أعتق المسلم نصرانياً فلحق بدار الحرب فسبي لم يجز استرقاقه لأن عليه ولاء المسلم فلا يجوز إبطاله، وإن أعتق ذمي عبده فلحق بدار الحرب وسبي ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز أن يسترق لأنه لا يلزمنا حفظ ماله فلم يجز إبطاله ولأنه بالاسترقاق كالمسلم، والثاني يجوز لأن معتقه أو لحق بدار الحرب جاز استرقاقه فكذلك عتيقه، وإن أعتق حربي عبداً حربياً ثبت له عليه الولاء، فإن سبي العبد أو سبي مولاه واسترق

قوله: **(باشر عتقه)** أي تولاه بنفسه ولم يعلقه على عتق صاحبه.

---

(١) رواه البخاري في كتاب المكاتب باب ٥. مسلم في كتاب العتق حديث ٥، ٦، ٨. أبو داود في كتاب العتاق باب ٢. النسائي في كتاب البيوع باب ٧٨. الموطأ في كتاب الطلاق حديث ٢٥. أحمد في مسنده (١/ ١٨١) (٢/ ٢٨).

بطل ولاؤه لأنه لا حرمة له في نفسه ولا ماله، وإن أعتق ذمي عبداً ثم لحق بدار الحرب فملكه عبده وأعتقه صار كل واحد منهم مولى للآخر لأن كل واحد منهما عتق الآخر.

فصل: وإن اشترك اثنان في عتق عبد اشتركا في الولاء لاشتراكهما في العتق، وإن كاتب رجل عبداً ومات وخلف اثنين فأعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه مما له عليه فإن قلنا لا يقوم عليه فأدى ما عليه للآخر كان ولاؤه للاثنين لأنه عتق بالكتابة على الأب وقد ثبت له الولاء فنقل إليهما، وإن عجز عما عليه للآخر فرق نصيبه ففي ولاء النصف المعتق وجهان: أحدهما أنه بينهما لأنه عتق بحكم الكتابة فثبت الولاء للأب وانتقل إليهما، والثاني أنه للمعتق خاصة لأنه هو الذي أعتقه ووقف الآخر عن العتق، وإن قلنا إنه يقوم في الحال فقوم عليه ثبت الولاء للمقوم عليه في المقوم لأن بالتقويم انفسخت الكتابة فيه وعتق عليه، وأما النصف الآخر فإنه عتق بالكتابة وفي ولائه وجهان: أحدهما أنه بينهما، والثاني أنه للمعتق خاصة. وإن قلنا يؤخر التقويم فإن أدى عتق بالكتابة وكان الولاء لهما وإن عجز ورق قوم على المعتق وثبت له الولاء على النصف المقوم لأنه عتق عليه والنصف الآخر عتق بالكتابة وفي ولائه وجهان.

فصل: ولا يثبت الولاء لغير المعتق فإن أسلم رجل على يد رجل أو التقط لقيطاً لم يثبت له عليه الولاء لحديث عائشة رضي الله عنها: «فإنما الولاء لمن أعتق»[1] وإنما في اللغة موضوع لإثبات المذكور ونفي ما عداه فدل على إثبات الولاء للمعتق ونفيه عمن عداه، ولأن الولاء ثبت بالشرع ولم يرد الشرع في الولاء إلا لمن أعتق وهذا المعنى لا يوجد في غيره فلا يلحق به.

فصل: ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن هبته، ولأن الولاء كالنسب والدليل عليه قوله ﷺ: **«الولاء لحمة كلحمة النسب»** والنسب لا يصح بيعه وهبته فكذلك الولاء، **وإن أعتق عبداً سائبة على أن لا ولاء عليه** عتق وثبت له الولاء لقوله عز وجل: ﴿ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام﴾ [المائدة: ١٠٣] ولأن هذا في معنى الهبة وقد بينا أنه لا يصح هبته.

فصل: وإن مات العبد المعتق وله مال ولا وارث له ورثه المولى لما روى يونس عن الحسن أن رجلاً أتى النبي ﷺ برجل وقال اشتريته وأعتقته، فقال هو مولاك إن شكرك فهو خير له وإن كفرك فهو شر له وخير لك فقال: فما أمر ميراثه؟ فقال: إن ترك عصبة فالعصبة أحق وإلا فالولاء، وإن كان له عصبة لم يرث للخبر، ولأن الولاء فرع

قوله: (**الولاء لحمة كلحمة النسب**) اللحمة بالضم القرابة. ولحمة الثوب ولحم البازي يضم ويفتح. وقال ابن الأعرابي لحمة القرابة ولحمة الثوب مفتوحان. واللحمة ما يصاد به الصيد وعامة الناس يقولون لحمة في الثلاثة قوله: (**وإن أعتق عبداً سائبة على أن لا ولاء**

---

(١) المصدر السابق.

للنسب فلا يورث به مع وجوده، وإن كان له من يرث الفرض فإن كان ممن يستغرق المال بالفرض لم يرثه لأنه إذا لم ترث العصبات مع من يستغرق المال بالفرض، فلأن لا يرث المولى أولى. وإن كان ممن لا يستغرق المال ورث ما فضل عن أهل الفرض لما روى عبد الله بن شداد قال: أعتقت ابنة حمزة مولى لها فمات وترك ابنته وابنة حمزة فأعطى النبي ﷺ ابنة حمزة النصف وابنته النصف.

فصل: وإن مات العبد والمولى ميت كان لولاء لعصبات المولى دون سائر الورثة لأن الولاء كالنسب لما ذكرناه من الخبر والنسب إلى العصبات دون غيرهم، ويقدم الأقرب فالأقرب لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه أن النبي ﷺ قال: «المولى أخ في الدين ونعمة يرثه أولى الناس بالمعتق» ولأن في عصبات الميت يقدم الأقرب فالأقرب وكذلك في عصبات المولى، فإن كان للمولى ابن وابنة كان الميراث للابن دون البنت لأنا بينا أنه لا يرث الولاء غير العصبات والبنت ليست من العصبات، ولأن الولاء كالنسب ثم المرأة لا ترث بالقرابة من الميت إذا تباعد نسبها منه وهي بنت الأخ والعمة، فلأن لا ترث بنت المولى وهو مؤخر عن النسب أولى، وإن كان له أب وابن أو أب وابن ابن فالميراث للابن لأن تعصيب الابن أقوى لأنه يسقط تعصيب الأب، فإن لم يكن بنون فالولاء للأب دون الجد والأخ لأنه أقرب منهما، وإن ترك جداً وأخاً ففيه قولان: أحدهما أنهما يشتركان كما يشتركان في إرث النسب، والثاني يقدم الأخ لأن تعصيبه كتعصيب الابن وتعصيب الجد كتعصيب الأب، وإنما لم يقدم في إرث النسب للإجماع وليس في الولاء إجماع فوجب أن يقدم، فإن ترك جداً وابن أخ فهو على القولين: إن قلنا إن الجد والأخ يشتركان قدم الجد، وإن قلنا إن الأخ يقدم قدم ابنه، وإن ترك أبا الجد والعم فعلى القولين إن قلنا إن الجد والأخ يشتركان قدم أبو الجد، وإن قلنا إن الأخ يقدم قدم العم، وإن اجتمع الأخ من الأب والأم والأخ من الأب قدم الأخ من الأب والأم كما يقدم في الإرث بالنسب، ومن أصحابنا من قال فيه قولان: أحدهما يقدم لما قلناه، والثاني أنهم سواء لأن الأم لا ترث بالولاء فلا يرجح بها من يدلي بها، فإن لم يكن للمولى عصبة وله مولى فالولاء لمولاه لأن المولى كالعصبة، فإن لم يكن له مولى فلعصبة مولاه، فإن لم يكن له مولى ولا عصبة مولى وهناك مولى لعصبة المولى نظرت، فإن كان مولى أخيه أو مولى ولده لم يرث لأن إنعامه على أخيه لا يتعدى إليه، وإن كان مولى أبيه أوجده ورث لأن إنعامه عليه إنعامه على نسله.

عليه) لقوله تعالى: ﴿ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام﴾ [المائدة: ١٠٣] فالبحيرة الناقة التي نتجت خمسة أبطن توالى نتاجهن وكان الخامس ذكراً نحروه وأكله الرجال والنساء، فإن كان الخامس أنثى نحروا أذنها أي شقوها وكان حراماً على النساء لحمها ولبنها

فصل: فإن أعتق عبداً ثم مات وخلف اثنين ثم مات أحدهما وترك ابناً ثم مات العبد وله مال ورثه الكبير من عصبة المولى وهو الابن دون ابن الابن لما روى الشعبي قال: قضى عمر وعلي وزيد رضي الله عنهم أن الولاء للكبر، ولأن الولاء يورث به ولا يورث والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث» فإذا ثبت أنه لا يورث ثبت أنه إنما يورث بما ثبت للمولى من الولاء فوجب أن يكون **للكبر** لأنه أقرب إلى المولى، وإن مات المولى وخلف ثلاثة بنين ثم مات أحدهم وخلف ابناً ومات الثاني وخلف أربعة ومات الثالث وخلف خمسة ثم مات العبد المعتق كان ماله بين العشرة بالسوية لتساويهم في القرب، ولو ظهر للمولى مال كان بينهم أثلاثاً لابن الابن الثلث وللأربعة الثلث وللخمسة الثلث لأن المال انتقل إلى أولاده أثلاثاً، ثم انتقل ما ورث كل واحد منهم إلى أولاده والولاء لم ينتقل إلى أولاده، وإنما ورثوا مال العبد لقربهم من المولى الذي ثبت له الولاء وهم في القرب منه سواء فتساووا في الميراث.

فصل: إذا تزوج عبد لرجل بمعتقة لرجل فأتت منه بولد ثبت لمولى الأم الولاء على الولد لأنه عتق بإعتاق الأم فكان ولاؤه لمولاها فإن أعتق بعد ذلك مولى العبد عبده انجر ولاء الولد من موالي الأم إلى موالي العبد والدليل عليه ما روى هشام بن عروة عن أبيه قال: مر الزبير بموال لرافع بن خديج فأعجبوه فقال: لمن هؤلاء؟ فقالوا: هؤلاء موال لرافع بن خديج أمهم لرافع بن خديج وأبوهم عبد لفلان، فاشترى الزبير أباهم فأعتقه ثم قال: أنتم موالي فاختصم الزبير ورافع إلى عثمان رضي الله عنه، فقضى عثمان للزبير قال هشام: فلما كان معاوية خاصمونا أيضاً فقضى لنا معاوية، ولأن الولاء فرع للنسب والنسب معتبر بالإرث، وإنما ثبت لمولى الأم لعدم الولاء من جهة الأب كولد الملاعنة نسب إلى الأم لعدم النسب من جهة الأب، فإذا ثبت الولاء على الأب عاد الولاء

فإذا ماتت حلت للنساء. والبحر الشق وسمي البحر بحراً لأن الله تعالى جعله مشقوقاً في الأرض شقاً. والسائبة البعير يسيب لنذر يكون على الرجل أي يسيب فلا يمنع عن مرعى ولا ماء. وأصله من تسييب الدابة وهو إرسالها كيف شاءت. وكان أبو العالية سائبة والوصيلة في الغنم قال العزيز كانت الشاة إذا ولدت سبعة أبطن فإن كان السابع ذكراً ذبح فأكل منه الرجال والنساء وإن كانت أنثى تركت في الغنم، وإن كانت ذكراً وأنثى قالوا: وصلت أخاها فلم تذبح لمكانها وكان لحمها حراماً على النساء وبين الأم حراماً على النساء إلا أن يموت شيء فيأكله الرجال والنساء، وأما الحامي فهو الفحل إذا ركب ولد ولده ويقال: إذا نتج من صلبه عشرة أبطن قالوا حمي ظهره فلم يركب ولا يمنع من مرعى ولا يخلى من ماء. قوله: **(الكبر)** بضم الكاف يعني الكبير الأدنى تعصيباً.

إلى موضعه كولد الملاعنة إذا اعترف به الزوج، وإن أعتق جد الولد دون الأب ففي ولائه ثلاثة أوجه: أحدها ينجر الولاء إلى معتقه لأنه كالأب في الانتساب إليه والولاية فكان كالأب في جر الولاء إلى معتقه، والثاني لا ينجر لأن بينه وبين الولد الأب فلا ينجر الولاء إلى معتقه كالأخ، والثالث إن كان الأب حياً لم ينجر الولاء إلى معتقه، وإن كان ميتاً انجر لأن مع موته ليس غيره أحق ومع حياته من هو أحق، فإن قلنا إنه ينجر الولاء إلى معتقه فانجر ثم أعتق الأب انجر من مولى الجد إلى مولى الأب لأنه أقوى من الجد في النسب وأحكامه.

فصل: وإن تزوج عبد رجل بأمة آخر فأتت منه بولد ثم أعتق السيد الأمة وولدها ثبت له عليها الولاء، فإن أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر ولاء الولد إلى مولى العبد والفرضيون يعبرون عن علة ذلك أنه ولد مسه الرق ثم ناله العتق، والعلة في ذلك أن المعتق أنعم على الولد بالعتق فكان أحق بولائه ممن أنعم على أبيه وتخالف ما قبلها، فإن أحدهما أنعم على الأم والآخر أنعم على الأب فقدم المنعم على الأب لأن النسب إليه والولاء فرع للنسب وههنا أحدهما أنعم على الولد نفسه، والآخر أنعم على أبيه فقدم المنعم عليه على المنعم على أبيه وإن تزوج عبد لرجل بجارية آخر فحبلت منه ثم أعتقت الجارية وهي حامل ثبت الولاء على الجارية وحملها، فإن أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر الولاء إلى مولاه لما ذكرناه من العلة، وإن تزوج حر لا ولاء عليه بمعتقة رجل فأتت منه بولد لم يثبت عليه الولاء لمولى الأم لأن الاستدامة في الأصول أقوى من الابتداء ثم ابتداء الحرية في الأب تسقط استدامة الولاء لمولى الأم، فلأن تمنع استدامة الحرية في الأب ابتداء الولاء لمولى الأم أولى، وإن تزوج عبد لرجل بمعتقة لآخر وأولدها ولد أثبت الولاء على الولد لموالي الأم، فإن اشترى الولد أباه عتق عليه وثبت له الولاء عليه، وهل ينجر ولاء نفسه بعتق الأب فيه وجهان: أحدهما لا ينجر لأنه لا يملك ولاء نفسه فعلى هذا يكون ولاؤه باقياً لموالي الأم، والثاني أنه ينجر ولاء نفسه بعتق أبيه ولا يملكه على نفسه، ولكن يزيل به الولاء عن نفسه ويصير حراً لا ولاء عليه لأن عتق الأب يزيل الولاء عن معتق الأم.

فصل: إذا مات رجل وخلف اثنين وعبداً فادعى العبد أن المولى كاتبه فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فأدى إلى المصدق كتابته عتق نصفه وفي ولائه وجهان: أحدهما أن الولاء بينهما لأنه عتق بسبب كان من أبيهما فكان الولاء بينهما، والثاني أن الولاء للمصدق لأن المكذب أسقط حقه بالتكذيب فصار كما لو حلف أحد الأخوين على دين

. . . .

لأبيهما فأخذ نصفه فإن الآخر لا يشارك في نصفه، وإن تزوج المكاتب بحرة فأولدها فإن كان على الحرة ولاء لمعتق كان له ولاء الولد، فإن عتق الأب بالأداء جر ولاء ولده من معتق الأم إلى معتقه، فإن اختلف مولاه ومولى الأم فقال مولى المكاتب قد عتق المكاتب بالأداء وجر إلى ولاء الولد، وقال مولى الأم لم يعتق وولاء الولد لي نظرت، فإن كان المكاتب حياً عتق بإقرار سيده وانجر الولاء إلى معتقه ولا يمين عليه ولا على السيد، وإن كان قد مات واختلف السيد ومولى الأم فإن كان للسيد المكاتب بينة شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين قضي له لأنها بينة على المال، وإن لم تكن له بينة فالقول قول مولى الأم مع يمينه لأنا تيقنا رق المكاتب وثبوت الولاء لمعتق الأم فلا ينتقل عنه من غير بينة وبالله التوفيق.

. . . .

كتاب الفرائض

الفرائض باب من أبواب العلم وتعلمها فرض من فروض الدين والدليل عليه ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإني امرؤ مقبوض وإن العلم سيقبض وتظهر الفتن حتى يختلف الاثنان في الفريضة فلا يجدا من يفصل بينهما»[(١)].

فصل: وإذا مات الميت بدئ من ماله بكفنه **ومؤنة تجهيزه** لما روى خباب بن الأرت قال: قتل مصعب بن عمير رضي الله عنه يوم أحد **وليس له إلا نمرة** كنا إذا غطينا بها رأسه خرجت رجله، وإذا غطينا رجله خرج رأسه فقال النبي ﷺ: «غطوا بها رأسه واجعلوا على رجله من الإذخر»، ولأن الميراث إنما انتقل إلى الورثة لأنه استغنى عنه الميت وفضل عن حاجته والكفن ومؤنة التجهيز لا يستغنى عنه فقدم على الإرث، ويعتبر ذلك من رأس المال لأنه حق واجب فاعتبر من رأس المال كالدين.

فصل: ثم يقضى دينه لقوله عز وجل: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ [النساء: ١٢] ولأن الدين تستغرقه حاجته فقدم على الإرث. وهل ينتقل ماله إلى الورثة قبل قضاء الدين؟ اختلف أصحابنا فيه، فذهب أبو سعيد الإصطخري رحمه الله إلى أنه لا ينتقل بل هو باق على ملكه إلى أن يقضي دينه، فإن حدثت منه فوائد ككسب العبد وولد الأمة ونتاج البهيمة تعلق بها حق الغرماء لأنه لو بيع كانت العهدة على الميت دون الورثة فدل على أنه باق على ملكه، وذهب سائر أصحابنا إلى أنه ينتقل إلى الورثة، فإن حدثت منها فوائد لم يتعلق بها حق الغرماء وهو المذهب لأنه لو كان باقياً على ملك الميت لوجب أن يرثه من أسلم أو أعتق من أقاربه قبل قضاء الدين، ولوجب أن لا يرثه من مات من الورثة قبل قضاء الدين، وإن كان الدين أكثر من قيمة التركة فقال الوارث أنا أفكها بقيمتها وطالب الغرماء ببيعها ففيه وجهان بناء على القولين فيما يفدي به المولى جناية العبد:

ومن كتاب الفرائض

سميت فرائض لكثرة ذكر الفرض فيها قوله: **(ومؤنة تجهيزه)** أي تهيئته وجهازه من الكفن والحنوط والغسل، يقال جهزت العروس إلى زوجها إذا هيئت وقد ذكر في الجنائز قوله: **(وليس له إلا نمرة)** النمرة بردة مخططة من صوف تلبسها الأعراب وقد ذكرت أيضاً وذكر الإذخر.

---

(١) رواه الترمذي في كتاب الفرائض باب ٢. ابن ماجه في كتاب الفرائض باب ١. الدارمي في كتاب الفرائض باب ١.

أحدهما لا يجب بيعها لأن الظاهر أنها لا تشتري بأكثر من قيمتها وقد بذل الوارث قيمتها فوجب أن تقبل، والثاني يجب بيعها لأنه قد يرغب فيها من يزيد على القيمة فوجب بيعها.

فصل: ثم تنفذ وصاياه لقوله عز وجل: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ [النساء: ١٢] ولأن الثلث بقي على حكم ملكه ليصرفه في حاجاته فقدم على الميراث كالدين.

فصل: ثم تقسم التركة بين الورثة والأسباب التي يتوارث بها الورثة المعينون ثلاثة رحم وولاء ونكاح لأن الشرع ورد بالإرث بها، وأما المؤاخاة في الدين والموالاة في النصرة، والإرث فلا يورث بها لأن هذا كان في ابتدء الإسلام ثم نسخ بقوله عز وجل: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال: ٧٥].

فصل: والوارثون من الرجال عشرة: الابن وابن الابن وإن سفل، والأب والجد أبو الأب وإن علا، والأخ وابن الأخ والعم وابن العم والزوج ومولى النعمة. والوارثات من النساء سبع: البنت وبنت الابن والأم والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة، لأن الشرع ورد بتوريثهم على ما نذكره إن شاء الله تعالى. فأما ذوو الأرحام وهم الذين لا فرض لهم ولا تعصيب فإنهم لا يرثون وهم عشرة: ولد البنات وولد الأخوات وبنات الإخوة وبنات الأعمام وولد الإخوة من الأم والعم من الأم والعمة والخال والخالة والجد أبو الأم ومن يدلي بهم، والدليل عليه ما روى أبو أمامة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ولا وصية لوارث»[1] فأخبر أنه أعطى كل ذي حق حقه فدل على أن كل من لم يعطه شيئاً فلا حق له، ولأن بنت الأخ لا ترث مع أخيها فلم ترث كبنت المولى، ولا يرث العبد المعتق من مولاه لما ذكرناه من حديث أبي أمامة ولقوله ﷺ: «إن الولاء لمن أعتق».

فصل: ولا يرث المسلم من الكافر ولا الكافر من لمسلم أصلياً كان أو مرتداً لما روى أسامة بن زيد رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»[2] ويرث الذمي من الذمي وإن اختلفت أديانهم كاليهودي من النصراني

. . . .

(١) رواه البخاري في كتاب الوصايا باب ٦. أبو داود في كتاب الوصايا باب ٦. الترمذي في كتاب الوصايا باب ٥. ابن ماجه في كتاب الوصايا باب ٦.

(٢) رواه أحمد في مسنده (٥/ ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٩).

والنصراني من المجوسي لأنه حقن دمهم بسبب واحد فورث بعضهم من بعض كالمسلمين، ولا يرث الحربي من الذمي ولا الذمي من الحربي لأن الموالاة انقطعت بينهما فلم يرث أحدهما من الآخر كالمسلم والكافر.

فصل: ولا يرث الحر من العبد لأن ما معه من المال لا يملكه في أحد القولين، وفي الثاني يملكه ملكاً ضعيفاً، ولهذ لو باعه رجع إلى مالكه. فكذلك إذا مات. ولا يرث العبد من الحر لأنه لا يورث بحالٍ فلم يرث كالمرتد ومن نصفه حر ونصفه عبد لا يرث، وقال المزني يرث بقدر ما فيه من الحرية، ويحجب بقدر ما فيه من الرق والدليل على أنه لا يرث أنه ناقص بالرق في النكاح والطلاق والولاية فلم يرث كالعبد. وهل يورث منه ما جمعه بالحرية فيه قولان: قال في الجديد يرثه ورثته لأنه مال ملكه بالحرية فورث عنه كمال الحر، وقال في القديم لا يورث لأنه إذا لم يرث بحريته لم يورث بها. وما الذي يصنع بماله؟ قال الشافعي رضي الله عنه يكون لسيده، وقال أبو سعيد الإصطخري يكون لبيت المال لأنه لا يجوز أن يكون لسيده لأنه جمعه بالحرية، فلا يجوز أن يورث لرقه فجعل لبيت المال ليصرف في المصالح كمال لا مالك له.

فصل: ومن أسلم أو أعتق على ميراث لم يقسم لم يرث لأنه لم يكن وارثاً عند الموت فلم يرث كما لو أسلم أو أعتق بعد القسمة، وإن دبر رجل أخاه فعتق بموته لم يرثه لأنه صار حراً بعد الموت، وإن قال له أنت حر في آخر جزء من أجزاء حياتي المتصل بالموت ثم مات عتق من ثلثه، وهل يرثه فيه وجهان: أحدهما لا يرثه لأن العتق في المرض وصية والإرث والوصية لا يجتمعان، والثاني يرثه ولا يكون عتقه وصية لأن الوصية ملك بموت الموصى وهذا لم يملك نفسه بموته، وإن قال في مرضه إن مت بعد شهر فأنت اليوم حر فمات بعد شهر عتق يوم تلفظ وهل يرثه على الوجهين.

فصل: واختلف أصحابنا فيمن قتل مورثه فمنهم من قال: إن كان القتل مضموناً لم يرثه لأنه قتل بغير حق، وإن لم يكن مضموناً ورثه لأنه قتل بحق فلا يحرم به الإرث، ومنهم من قال: إن كان متهماً كالمخطئ أو كان حاكماً فقتله في الزنا بالبينة لم يرثه لأنه متهم في قتله لاستعجال الميراث، وإن كان غير متهم بأن قتله بإقراره بالزنا ورثه لأنه غير متهم لاستعجال الميراث، ومنهم من قال لا يرث القاتل بحال وهو الصحيح لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبيﷺ قال: «لا يرث القاتل شيئاً» ولأن القاتل حرم الإرث **حتى لا يجعل ذريعة** إلى استعجال الميراث فوجب أن يحرم بكل حال **لحسم الباب**.

قوله: (**حتى لا يجعل ذريعة**) الذريعة الوسيلة أي يتوصل بها إلى الميراث قوله: (**لحسم الباب**) الحسم القطع ومنه قيل للسيف حسام أي قاطع.

فصل: واختلف قول الشافعي رحمه الله فيمن **بت طلاق امرأته** في المرض المخوف واتصل به الموت فقال في أحد القولين إنها ترثه لأنه متهم في قطع إرثها فورثت كالقاتل لما كان متهماً في استعجال الميراث لم يرث، والثاني أنها لا ترث وهو الصحيح لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الإرث كالطلاق في الصحة، فإذا قلنا إنها ترث فإلى أي وقت ترث؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها إن مات وهي في العدة ورثت لأن حكم الزوجية باق وإن مات وقد انقضت العدة لم ترث لأنه لم يبق حكم الزوجية، والثاني أنها ترث ما لم تتزوج لأنها إذا تزوجت علمنا أنها اختارت ذلك، والثالث أنها ترث أبداً لأن توريثها للفرار وذلك لا يزول بالتزويج فلم يبطل حقها، وأما إذا طلقها في المرض ومات بسبب آخر لم ترث لأنه بطل حكم المرض، وإن سألته الطلاق لم ترث لأنه غير متهم. وقال أبو علي ابن أبي هريرة ترث لأن عثمان بن عفان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبغ من عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه وكانت سألته الطلاق وهذا غير صحيح فإن ابن الزبير خالف عثمان في ذلك. وإن علق طلاقها في الصحة على صفة تجوز أن توجد قبل المرض، فوجدت الصفة في حال لمرض لم ترث لأنه غير متهم في عقد الصفة، وإن علق طلاقها في المرض على فعل من جهتها، فإن كان فعلاً يمكنها تركه ففعلت لم ترث لأنه غير متهم في ميراثها، وإن كان فعلاً لا يمكنها تركه كالصلاة وغيرها فهو على القولين، وإن قذفها في الصحة ثم لاعنها في المرض لم ترث لأنه مضطر إلى اللعان **لدرء الحد** فلا تلحقه التهمة، وإن فسخ نكاحها في مرضه بأحد العيوب ففيه وجهان: أحدهما أنه كالطلاق في المرض، والثاني أنها لا ترث لأنه يستند إلى معنى من جهتها ولأنه محتاج إلى الفسخ لما عليه من الضرر في المقام معها على العيب.

فصل: وإن طلقها في المرض ثم صح ثم مرض ومات أو طلقها في المرض ثم ارتدت ثم عادت إلى الإسلام ثم مات لم ترثه قولاً واحداً لأنه أتت عليها حالة لو مات سقط إرثها فلم يعد.

فصل: وإن مات متوارثان بالغرق أو الهدم فإن عرف موت أحدهما قبل الآخر ونسي وقف الميراث إلى أن يتذكر لأنه يرجى أن يتذكر، وإن علم أنهما ماتا معاً ولم يعلم موت أحدهما قبل الآخر أو علم موت أحدهما قبل موت الآخر ولم يعرف بعينه جعل ميراث كل واحد منهما لمن بقي من ورثته، ولم يورث أحدهما من الآخر لأنه لا تعلم

قوله: **(بت طلاق امرأته)** البت القطع بته يبته إذ قطعه قوله: **(لدرء الحد)** الدرء الدفع. درأه درءاً أي دفعاً قوله: **(كالجنين)** مشتق من الجنة وهي السترة. يقال: جن واستجن إذا استتر وقد ذكر.

حياته عند موت صاحبه فلم يرثه **كالجنين** إذا خرج ميتاً.

فصل: وإن أسر رجل أو فقد ولم يعلم موته لم يقسم ماله حتى يمضي زمان لا يجوز أن يعيش فيه مثله، وإن مات له من يرثه دفع إلى كل وارث أقل ما يصيبه ووقف الباقي إلى أن يتبين أمره.

باب ميراث أهل الفرائض

وأهل الفرائض هم الذين يرثون الفروض المذكورة في كتاب الله عز وجل وهي النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس وهم عشرة: الزوج والزوجة والأم والجدة والبنت وبنت الابن والأخت وولد الأم والأب مع الابن وابن الابن والجد مع الابن وابن الابن. فأما الزوج فله فرضان النصف، وهو إذا لم يكن معه ولد ولا ولد ابن، والربع وهو إذا كان معه ولد أو ولد ابن والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد، فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين﴾ [النساء: ١٢] فأما الزوجة فلها أيضاً فرضان: الربع إذا لم يكن معها ولد ولا ولد ابن، والثمن إذا كان معها ولد أو ولد ابن والدليل عليه قوله تعالى: ﴿ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد، فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين﴾ [النساء: ١٢] فنص على فرضها مع وجود الولد وعدم الولد وقسنا ولد الابن في ذلك على ولد الصلب لإجماعهم على أنه كولد الصلب في الإرث والتعصيب فكذلك في حجب الزوجين. وللزوجتين والثلاث والأربع ما للواحدة من الربع والثمن لعموم الآية.

فصل: وأما الأم فلها ثلاثة فروض: أحدها الثلث وهو إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ولا اثنان **فصاعداً** من الإخوة والأخوات لقوله عز وجل: ﴿وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ والفرض الثاني السدس، وذلك في حالين: أحدهما أن يكون للميت ولد أو ولد ابن والدليل عليه قوله تعالى: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد﴾ [النساء: ١١] ففرض لها السدس مع الولد وقسنا عليه ولد الابن، والثاني أن يكون له اثنان فصاعداً من الإخوة والأخوات والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾ [النساء: ١١] ففرض لها السدس مع الإخوة وأقلهم ثلاثة وقسنا عليهم الأخوين لأن كل فرض تغير بعدد كان الإثنان فيه كالثلاثة كفرض البنات، والفرض الثالث ثلث ما يبقى بعد فرض الزوجين وذلك في مسألتين: في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين للأم ثلث ما يبقى بعد فرض الزوجين والباقي للأب والدليل عليه أن الأب والأم إذا اجتمعا كان

. . . .

للأب الثلثان وللأم الثلث، فإذا زاحمهما ذو فرض قسم الباقي بعد الفرض بينهما على الثلث والثلثين كما لو اجتمعا مع بنت.

فصل: وأما الجدة فإن كانت أم الأم أو أم الأب فلها السدس لما روى قبيصة بن ذؤيب قال: جاءت الجدة إلى أبي بكر رضي الله عنه فسألته عن ميراثها فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه: ليس لك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً فارجعي حتى أسأل الناس فسأل عنها. فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله ﷺ فأعطاها السدس فقال أبو بكر رضي الله عنه: هل معك غيرك؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصاري رضي الله عنه فقال مثل ما قال فأنفذه لها أبو بكر رضي الله عنه. ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر رضي الله عنه فسألته ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما كان القضاء الذي قضى به إلا لغيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً ولكن هو ذلك السدس، فإن اجتمعتما فيه فهو بينكما **فأيكما خلت به** فهو لها. وإن كانت أم أبي الأم لم ترث لأنها تدلي بغير وارث، وإن كانت أم أبي الأب ففيه قولان: أحدهما أنها ترث وهو الصحيح لأنها جدة تدلي بوارث فورثت كأم الأم وأم الأب، والثاني أنها لا ترث لأنها جدة تدلي بجد فترث كأم أبي الأم، فإن اجتمعت **جدتان متحاذيتان** كأم الأم وأم الأب فالسدس بينهما لما ذكرناه، فإن كانت إحداهما أقرب نظرت فإن كانتا من جهة واحدة ورثت القربى دون البعدى لأن البعدى **تدلي بالقربى** فلم ترث معها كالجد مع الأب وأم الأم مع الأم، وإن كانت القربى من جهة لأب والبعدى من جهة الأم ففيه قولان: أحدهما أن القربى تحجب البعدى لأنهما جدتان ترث كل واحدة منهما إذا انفردت، فحجبت القربى منهما البعدى كما لو كانت القربى من جهة الأم، والثاني لا تحجبها وهو الصحيح لأن الأب لا تحجب الجدة من جهة الأم، فلأن لا تحجبها الجدة التي تدلي به أولى وتخالف القربى من جهة الأم فإن **الأم تحجب الجدة** من قبل الأب، فحجبتها أمها والأب لا يحجب الجدة من قبل الأم فلم تحجبها أمه، فإن اجتمعت جدتان إحداهما تدلي بولادتين بأن كانت أم أم أب أو أم أم أم والأخرى تدلي بولادة واحدة كأم أبي أب

قوله: **(وأيكما خلت به)** أي انفردت به مأخوذ من الموضع الخالي الذي ليس فيه أحد قوله: **(جدتان متحاذيتان)** أي متساويتان وحذاء الشيء إزاؤه. يقال قعد بحذائه وحاذاه أي صار بحذائه قوله: **(تدلى بالقربى)** ويدلى الأب أي يتوصل ويمت وهو من إدلاء الدلو إلى الماء ومنه قول عمر رضي الله عنه حين استسقى بالعباس رضي الله عنه دلو نابه إليك مستشفعين. وأدلى بحجته أي احتج بها وهو يدلي برحمه أي يمت بها قوله: **(الأم تحجب الجدة)** والحجب وهم يحجبون كله بمعنى يمنعون. وحجبه أي منعه من الدخول وأصل

ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس أن السدس يقسم بين الجدتين على ثلاثة فتأخذ التي تدلي بولادة سهماً، وتأخذ التي تدلي بولادتين سهمين، والثاني وهو الصحيح أنهما سواء لأنه شخص واحد فلا يأخذ فرضين.

فصل: وأما البنت فلها النصف إذا انفردت لقوله تعالى: ﴿وإن كانت واحدة فلها النصف﴾ [النساء: ١١] وللاثنتين فصاعداً الثلثان لما روى جابر بن عبد الله قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد قتل أبوهما معك يوم أحد ولم يدع عمهما لهما مالاً إلا أخذه فما ترى يا رسول الله والله لا تنكحان إلا ولهما مال فقال رسول الله ﷺ: «يقضي الله في ذلك» فنزلت عليه سورة النساء ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ فقال رسول الله ﷺ: «ادعوا لي المرأة وصاحبها» فقال لعمهما: أعطهما الثلثين وأعط أمهما الثمن وما بقي فلك فدلت الآية وهو قوله تعالى: ﴿فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك﴾ [النساء: ١١] على فرض ما زاد على الاثنتين ودلت السنة على فرض الثنتين.

فصل: وأما بنت الابن فلها النصف إذا انفردت وللاثنتين فصاعداً الثلثان لإجماع الأمة على ذلك، ولبنت الابن مع بنت الصلب السدس **تكملة** الثلثين لما روى الهزيل بن شرحبيل قال: جاء رجل إلى أبي موسى وسلمان بن ربيعة رضي الله عنهما فسألهما عن بنت وبنت ابن وأخت فقالا: للبنت النصف وللأخت النصف، وأت عبد الله فإنه سيتابعنا فأتى عبد الله فقال: إني **قد ضللت إذاً** وما أنا من المهتدين لأقضين بينهما بما قضى به رسول الله ﷺ للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللأخت، ولأن بنت الابن ترث فرض البنات ولم يبق من فرض البنات إلا السدس وهكذا لو ترك بنتاً وعشر بنات ابن كان للبنت النصف ولبنات الابن السدس تكملة الثلثين لما ذكرناه من المعنى. وإن ترك بنتاً وبنت ابن ابن أو بنات ابن ابن أسفل من البنت بدرج كان لهن السدس لأنه بقية فرض البنات ولبنت ابن الابن أو بنات ابن الابن مع بنت الابن من السدس تكملة الثلثين ما لبنت الابن وبنات الابن مع بنت الصلب وعلى هذا أبداً.

فصل: وأما الأخت للأب والأم فلها النصف إذا انفردت وللاثنتين فصاعداً الثلثان

الحجاب الستر الذي يمنع عن النظر قوله: **(فصاعداً)** هو من الصعود والارتفاع إلى فوق أي فما فوق ذلك منعه قوله: **(وإن كن نساء فوق اثنتين)** المراد به الاثنتين فصاعداً كقوله تعالى: ﴿فاضربوا فوق الأعناق﴾ [الأنفال: ١٢] والمراد اضربوا الأعناق. قوله: **(قد ضللت إذاً)** ضل الرجل عن الطريق إذا لم يعرفه ولم يهتد له فهو ضال قوله: **(تكملة)** هي تفعلة من الكمال مثل تكرمة من الإكرام ومنه ولا تقعد على تكرمته إلا بإذنه.

لقوله عز وجل: ﴿يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت، فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد، فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك﴾ [النساء: ١٧٦] وللثلاث فصاعداً ما للاثنتين لأن كل فرض يغير بالعدد كان الثلاث فيه كالاثنتين كالبنات، وللأخت من الأب عند عدم الأخت من الأب والأم النصف إذا انفردت وللاثنتين فصاعداً الثلثان لأن ولد الأب مع ولد الأب والأم كولد الابن مع ولد الصلب فكان ميراثهم كميراثهم.

فصل: والأخوات من الأب والأم مع البنات عصبة ومع بنات الابن والدليل عليه ما ذكرناه من حديث الهزيل بن شرحبيل، وروى إبراهيم عن الأسود قال: قضى فينا معاذ بن جبل رضي الله عنه على عهد رسول الله ﷺ في امرأة تركت بنتها وأختها للبنت النصف وللأخت النصف. وعن الأسود قال: كان ابن الزبير لا يعطي الأخت مع البنت شيئاً فقلت: إن معاذاً قضى فينا باليمن فأعطى البنت النصف والأخت النصف قال: فأنت رسولي بذلك: فإن لم تكن أخوات من الأب والأم فالأخوات من الأب لأنهن يرثن ما يرث الأخوات من الأب والأم عند عدمهن.

فصل: وأما ولد الأم فللواحد السدس وللاثنين فصاعداً الثلث والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء: ١٢] والمراد به ولد الأم والدليل عليه ما روي أن عبد الله وسعداً كانا يقرآن وله أخ أو أخت من أم وسوى بين الذكر والإناث للآية ولأنه إرث بالرحم المحض فاستوى فيه الذكر والأنثى كميراث الأبوين مع الابن.

فصل: وأما الأب فله السدس مع الابن وابن الابن لقوله عز وجل: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد﴾ [النساء: ١١] ففرض له السدس مع الابن وقيس عليه إذا كان مع ابن الابن لأن ابن الابن كالابن في الحجب والتعصيب، وأما الجد فله السدس مع الابن وابن الابن لإجماع الأمة.

فصل: ولا ترث بنت الابن مع الابن ولا الجدة أم الأب مع الأب لأنها تدلي به ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الابن مع الابن والجد مع الأب، ولا ترث الجدة من الأم مع الأم لأنها تدلي بها ولا الجدة من الأب لأن الأم في درجة الأب والجدة في درجة الجد، فلم ترث معه كما لا يرث الجد مع الأب.

فصل: ولا يرث ولد الأم مع أربعة مع الولد وولد الابن والأب والجد لقوله عز

. . . .

وجل: ﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس﴾ [النساء: ١٢] فورثهم في الكلالة والكلالة من سوى الوالد والولد والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه قال: جاءني النبي ﷺ يعودني وأنا مريض لا أعقل فتوضأ وصب من وضوئه علي فعقلت، فنزلت آية المواريث ﴿يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة﴾ والكلالة هو من ليس له ولد ولا والد وله إخوة ولأن الكلالة مشتق من الإكليل وهو الذي يحتاط بالرأس من الجوانب والذين يحيطون بالميت من الجوانب الإخوة، فأما الوالد والولد فليسا من الجوانب بل أحدهما من أعلاه والآخر من أسفله ولهذا قال الشاعر يمدح بني أمية:

ورثتم **قناة الملك** لاعن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

فصل: ولا يرث ولد الأب والأم مع ثلاثة مع الابن وابن الابن والأب والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد﴾ [النساء: ١٧٦] فورثهم في الكلالة وقد بينا أن الكلالة أن لا تكون والداً ولا ولداً.

فصل: وإذا استكمل البنات الثلثين ولم يكن مع من دونهن من بنات الابن ذكر لم يرثن لما روى الأعمش عن إبراهيم قال: قال زيد رضي الله عنه إذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شيء إلا أن يلحق بهن ذكر فيرد عليهن بقية المال إذا كان أسفل منهن رد على من فوقه للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كن أسفل منه فليس لهن شيء وبقية المال له دونهن، ولأنا لو ورثنا من دونهن من بنات الابن فرضاً مستأنفاً لم يجز لأنه ليس للبنات بالبنوة أكثر من الثلثين، وإن شركنا بينهن وبين بنات الابن لم يجز لأنهن أنزل منهن بدرجة فلا يجوز أن يشاركنهن، وإن استكمل الأخوات للأب والأم الثلثين ولم يكن مع الأخوات للأب ذكر **يعصبهن** لم يرثن لما ذكرناه من المعنى في البنات وبنات الابن.

قوله: (**قناة الملك**) القناة الرمح وجمعها قنوات وقني على فعول وقناء مثل جبل وجبال وقوله:

عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

لأن بني أمية ورثوا الخلافة عن عثمان رضيَ الله عنه وأبوه من بني عبد شمس وأم أمه من بني هاشم وهي البيضاء بنت عبد المطلب بن هاشم فجدته لأمه عمة النبي ﷺ قوله: (**الكلالة**) مفسرة في الكتاب قال الجوهري: هي مصدر كل الرجل يكل كلالة. قال: ويقال هي مصدر من تكلله النسب أي تطرفه كأنه أخذ طرفيه من جهة الولد، والوالد وليس منهما أحد فيسمى بالمصدر قوله: (**يعصبهن**) والعصبة والتعصيب كله مشتق من العصابة لأنها تحيط

فصل: ومن لا يرث ممن ذكرناه من ذوي الأرحام أو كان عبداً أو قاتلاً أو كافراً لم يحجب غيره من الميراث لأنه ليس بوارث فلم يحجب كالأجنبي.

فصل: وإن اجتمع أصحاب فروض ولم يحجب بعضهم بعضاً فرض لكل واحد منهم فرضه، فإن زادت سهامهم على سهام المال **أعيلت** بالسهم الزائد، ودخل النقص على كل واحد منهم بقدر فرضه، فإن ماتت امرأة وخلفت زوجاً وأماً وأختين من الأم وأختين من الأب والأم، فللزوج النصف وللأم السدس، وللأختين من الأم الثلث، وللأختين من الأب والأم الثلثان وأصل الفريضة من ستة، وتعول إلى عشرة وهو أكثر ما تعول إليه الفرائض لأنها عالت بثلثيها وتسمى **أم الفروخ** لكثرة السهام العائلة وتسمى الشريحية لأنها حدثت في أيام شريح وقضى فيها. وإن مات رجل وخلف ثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات من الأم وثماني أخوات من الأب والأم، فللزوجات الربع وللجدتين السدس وللأخوات من الأم الثلث وللأخوات من الأب والأم الثلثان وأصلها من اثني عشر، وتعول إلى سبعة عشر وهو أكثر ما يعول إليه هذا الأصل وتسمى أم الأرامل. وإن مات رجل وخلف زوجة وأبوين وابنتين فللزوجة الثمن وللأبوين السدسان وللابنتين الثلثان وأصلها من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين وتسمى المنبرية لأنه روي أن علياً كرم الله وجهه سُئل عن ذلك وهو على المنبر فقال صار ثمنها تسعاً. وإن ماتت امرأة وخلفت زوجاً وأماً وأختاً من أب وأم فللزوج النصف، وللأخت النصف وللأم الثلث وأصلها من ستة، وتعول إلى ثمانية وهي أول مسألة أعيلت في خلافة عمر رضي الله عنه، وتعرف **بالمباهلة** فإن ابن عباس رضي الله عنه أنكر العول وقال: هذان النصفان ذهبا بالمال أين موضع الثلث؟ فقيل له والله لئن مت أو متنا فيقسم ميراثنا إلا على ما عليه القوم قال: فلندع أبناءنا وأبناءهم ونساءنا ونساءهم وأنفسنا وأنفسهم ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين. والدليل على إثبات العول أنها حقوق مقدرة متفقة في الوجوب ضاقت التركة عن جميعها فقسمت التركة على قدرها كالديون.

بجميع الميراث كما تحيط العصابة بجميع الرأس والعصب هو اللي الشديد قوله: **(أعيلت)**، وعالت أي ارتفعت فزادت سهامها، فيدخل القص على أهل الفرائض. وقال: أبو عبيد أصله من الميل وقد ذكر قال أبو الطيب:

يميزان صدق لا تفل شعيرة ... له شاهد من أهله غير عائل

وأكثر ما تعول إليه أن ترتفع وتزيد من الستة إلى العشرة ونحو ذلك قوله: **(أم الفروخ)** شبهت بالطائر الذي له فروخ كثيرة كالدجاج والقبج ونحوه. وأم الأرامل لأن أهل الفرض فيها كلهم نساء قوله: **(المباهلة)** هي الملاعنة يقال عليه بهلة الله ونهلة الله أي لعنة الله.

فصل: وإن اجتمع في شخص جهتا فرض كالمجوسي إذا تزوج ابنته فأتت منه ببنت، فإن الزوجة صارت أم البنت وأختها من الأب والبنت بنت الزوجة وأختها، فإن ماتت البنت ورثتها الزوجة بأقوى القرابتين وهي بكونها أماً ولا ترث بكونها أختاً لأنها شخص واحد اجتمع فيه شيئان يورث بكل واحد منهما الفرض، فورث بأقواهما ولم ترث بهما كالأخت من الأب والأم، وإن ماتت الزوجة ورثتها البنت النصف بكونها بنتاً، وهل ترث الباقي بكونها أختاً فيه وجهان: أحدهما لا ترث لما ذكرناه من العلة، والثاني ترث لأن إرثها بكونها بنتاً بالفرض وإرثها بكونها أختاً بالتعصيب لأن الأخت مع البنت عصبة فجاز أن ترث بهما كأخ من أم وهو ابن عم.

باب ميراث العصبة

العصبة كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى وهم الأب والابن ومن يدلي بهما، وأولى العصبات الابن والأب لأنهما يدليان بأنفسهما وغيرهما يدلي بهما، فإن اجتمعا قدم الابن لأن الله عز وجل بدأ به فقال: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١١] والعرب تبدأ بالأهم فالأهم ولأن الأب إذا اجتمع مع الابن فرض له السدس وجعل الباقي للابن ولأن الابن يعصب أخته والأب لا يعصب أخته، ثم ابن الابن وإن سفل لأنه يقوم مقام الابن في الإرث والتعصيب، ثم الأب لأن سائر العصبات يدلون به، ثم الجد إن لم يكن أخ لأنه أب الأب ثم أبو الجد وإن علا وإن لم يكن جد فالأخ لأنه ابن الأب، ثم ابن الأخ وإن سفل، ثم العم لأنه ابن الجد ثم ابن العم وإن سفل، ثم عم الأب لأنه ابن أبي الجد ثم ابنه وإن سفل وعلى هذا أبداً.

فصل: وإن انفرد الواحد منهم أخذ جميع المال والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد﴾ [النساء: ١٧٦] فورث الأخ جميع مال الأخت إذا لم يكن لها ولد، وإن اجتمع مع ذي فرض أخذ ما بقي لما رويناه من حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ ورث أخا سعد ابن الربيع ما بقي من فرض البنات والزوجة فدل على أن هذا حكم العصبة.

فصل: وإن اجتمع اثنان قدم أقربهما في الدرجة لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو **لأولى عصبة ذكر**»[1] وإن اجتمع

ومن باب ميراث العصبة

قوله: (**لأولى عصبة ذكر**) قال الهروي: يعني أدنى وأقرب في النسب مأخوذ من الولي

---

(١) رواه البخاري في كتاب الفرائض باب ٥، ٧، ٩. مسلم في كتاب الفرائض حديث ٢، ٣. الترمذي في كتاب الفرائض باب ٨. أحمد في مسنده (١/ ٣١٥).

اثنان في الدرجة وأحدهما يدلي بالأب والأم والآخر يدلي بالأب قدم من يدلي بالأب والأم لأنه أقرب، وإن استويا في الدرجة والإدلاء استويا في الميراث لتساويهما.

فصل: ولا يعصب أحد منهم أنثى إلا الابن وابن الابن والأخ فإنهم يعصبون أخواتهم فأما الابن فإنه يعصب أخواته للذكر مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم **للذكر مثل حظ الأنثيين**﴾ [النساء: ١١] وأما ابن الابن فإنه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه سواء كان لهن شيء من فرائض البنات أو لم يكن. وقال أبو ثور: إذا استكمل البنات الثلثين فالباقي لابن الابن ولا شيء لبنات الابن لأن البنات لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين فلو عصبنا بنت الابن بابن الابن بعد استكمال البنات الثلثين صار ما تأخذه بالتعصيب زيادة على الثلثين وهذا خطأ لقوله تعالى: ﴿**يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين**﴾ والولد يطلق على الأولاد وأولاد الأولاد والدليل عليه قوله تعالى: ﴿يا بني آدم﴾ [الأعراف: ١٩] وقوله ﷺ لقوم من أصحابه: «يا بني إسماعيل ارموا فإن أباكم كان رامياً»﴾[1] ولأنه يقال لمن ينتسب إلى تميم وطيئ بنو تميم وبنو طيئ. وقوله إنهن لا يرثهن بالبنوة أكثر من الثلثين فإنما يمتنع ذلك من جهة الفرض فأما في التعصيب فلا يمتنع كما لو ترك ابناً وعشر بنات، فإن للابن السدس وللبنات خمسة أسداس وهو أكثر من الثلثين، وأما ابن الابن وإن سفل فإنه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه سواء بقي لهن من فرض البنات شيء أو لم يبق كما يعصب ابن الابن من يحاذيه، وأما من فوقه من العمات فينظر فيه؛ فإن كان لهن من فرض البنات من الثلثين أو السدس شيء أخذ الباقي ولم يعصبهن لأنهن يرثن بالفرض ومن ورث بالفرض بقرابة لم يرث بالتعصيب بتلك القرابة، وإن لم يكن لهن من فرض البنات شيء عصبهن لما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه قال: إذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شيء إلا أن يلحق بهن ذكر فيرد عليهن بقية المال إذا كان أسفل منهن رد على من فوقه للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كن أسفل منه فليس لهن شيء وبقية المال له دونهن، ولأنه لا يجوز أن يرث بالبنوة مع البعد ولا يرث عماته مع القرب ولا يعصب من هو أنزل منه من بنات أخيه بل يكون الباقي له لما ذكرناه من قول زيد بن ثابت، فإن كن أسفل منه

وهو القرب وليس بمعنى أحق من قولهم فلان أولى بكذا أي أحق به قوله: (**للذكر مثل حظ الأنثيين**) الحظ ههنا السهم والنصيب أي مثل نصيب الأنثيين وفي غيره الجد والبخت والحظ

---

(١) رواه البخاري في كتاب الجهاد باب ٧٨. ابن ماجه في كتاب الجهاد باب ١٩. أحمد في مسنده (١/ ٣٦٤) (٤/ ٥٠).

فليس لهن شيء وبقية المال له دونهن ولأنه عصبة فلا يرث معه من هو دونه كالابن مع بنت الابن، وأما الأخ فإنه يعصب أخواته لقوله تعالى: ﴿وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١٧٦].

فصل: ولا يشارك أحد من العصبات أهل الفروض في فروضهم إلا ولد الأب والأم فإنهم يشاركون ولد الأم في ثلثهم في المشتركة وهي زوج وأم أو جدة واثنان من ولد الأم وولد الأب والأم واحداً كان أو أكثر، فيفرض للزوج النصف وللأم أو الجدة السدس ولولد الأم الثلث يشاركهم ولد الأب والأم في الثلث لأنهم يشاركونهم في الرحم الذي ورثوا بها الفرض فلا يجوز أن يرث ولد الأم ويسقط ولد الأب والأم كالأب لما شارك الأم في الرحم بالولادة لم يجز أن ترث الأم ويسقط الأب، وتعرف هذه المسألة بالمشتركة لما فيها من التشريك بين ولد الأب والأم وولد الأم في الفرض، وتعرف بالحمارية فإنه يحكى فيها عن ولد الأب والأم أنهم قالوا احسب أن أبانا كان حماراً أليس أمنا وأمهم واحدة؟.

فصل: وإن اجتمع في شخص واحد جهة فرض وجهة تعصيب كابن عم وزوج أو ابن عم وأخ من أم ورث بالفرض والتعصيب لأنهم إرثان مختلفان بسببين مختلفين، فإن اجتمع ابنا عم أحدهما أخ من الأم ورث الأخ من الأم السدس والباقي بينه وبين الآخر. وقال أبو ثور: المال كله للذي هو أخ من الأم لأنهما عصبتان يدلي أحدهما بالأبوين والآخر بأحدهما، فقدم من يدلي بهما كالأخوين أحدهما من الأب والآخر من الأب والأم وهذا خطأ لأنه استحق الفرض بقرابة الأم، فلا يقدم بها في التعصيب كابني عم أحدهما زوج.

فصل: وإن لاعن الزوج ونفى نسب الولد انقطع التوارث بينهما لانتفاء النسب بينهما، ويبقى التوارث بين الأم والولد لبقاء النسب بينهما، وإن مات الولد ولا وارث له غير الأم كان لها الثلث، وإن أتت بولدين **توأمين** فنفاهما الزوج باللعان ثم مات أحدهما وخلف أخاه ففيه وجهان: أحدهما أنه يرثه ميراث الأخ من الأم لأنه لا نسب بينهما من جهة الأب فلم يرث بقرابته كالتوأمين من الزنا إذا مات أحدهما وخلف أخاه، والثاني أنه يرثه ميراث الأخ من الأب والأم لأن اللعان ثبت في حق الزوجين دون غيرهما ولهذا لو قذفها الزوج لم يحد ولو قذفها غيره حد والصحيح هو الأول لأن النسب قد انتفى بينهما

أيضاً الشرف. قوله: (**توأمين**) التوأم وزنه فوعل. والأنثى توأمة. والجمع توائم مثل قشعم وقشاعم. وتوآم قال الشاعر:

قالت لنا ودمعها توآم ... على الذين ارتحلوا السلام

في حق كل واحد كما انقطع الفراش بينهما في حق كل أحد يجوز لكل أحد أن يتزوجها.

فصل: وإن كان الوارث خنثى وهو الذي له فرج الرجال وفرج النساء، فإن عرف أنه ذكر ورث ميراث ذكر، وإن عرف أنه أنثى ورث ميراث أنثى، وإن لم يعرف فهو الخنثى المشكل، وورث ميراث أنثى فإن كان أنثى وحده ورث النصف، فإن كان معه ابن ورث الثلث وورث الابن النصف لأنه يقين ووقف السدس لأنه مشكوك فيه. وإن كانا خنثيين ورثا الثلثين لأنه يقين ووقف الباقي لأنه مشكوك فيه، ويعرف إنه ذكر أو أنثى بالبول فإن كان يبول من الذكر فهو ذكر، وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى لما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال: يورث الخنثى من حيث يبول، وروي عنه أنه قال: إن خرج بوله من مبال الذكر فهو ذكر، وإن خرج من مبال الأنثى فهو أنثى ولأن الله تعالى جعل بول الذكر من الذكر وبول الأنثى من الفرج فرجع في التمييز إليه، وإن كان يبول منهما نظرت فإن كان يبول من أحدهما أكثر فقد روى المزني في الجامع أن الحكم للأكثر وهو قول بعض أصحابنا لأن الأكثر هو الأقوى في الدلالة، والثاني أنه لا تعتبر الكثرة لأن اعتبار الكثرة يشق فسقط، وإن لم يعرف بالبول سُئل عما يميل إليه طبعه فإن قال أميل إلى النساء فهو ذكر، وإن قال أميل إلى الرجال فهو أنثى، وإن قال أميل إليهما فهو المشكل وقد بيناه، ومن أصحابنا من قال إن لم يكن في البول دلالة اعتبر عدد الأضلاع، فإن نقص من الجانب الأيسر ضلع فهو ذكر، فإن أضلاع الرجل من الجانب الأيسر أنقص، فإن الله عز وجل خلق حواء من ضلع آدم الأيسر فمن ذلك نقص من الجانب الأيسر ضلع ولهذا قال الشاعر:

هي الضلع العوجاء لست تقيمها ألا إن تقويم الضلوع انكسارها
أتجمع ضعفاً واقتداراً على الفتى أليس عجيباً ضعفها واقتدارها

فصل: وإن مات رجل وترك حملاً وله وارث غير الحمل نظرت، فإن كان له سهم مقدر لا ينقص كالزوجة دفع إليها الفرض ووقف الباقي إلى أن ينكشف، وإن لم يكن له سهم مقدر كالابن وقف الجميع لأنه لا يعلم أكثر ما تحمله المرأة، والدليل عليه أن الشافعي رحمه الله قال: دخلت إلى شيخ باليمن لأسمع منه الحديث فجاءه **خمسة كهول** فسلموا عليه وقبلوا رأسه، ثم جاءه خمسة شباب فسلموا عليه وقبلوا رأسه، ثم جاءه خمسة فتيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه، ثم جاءه خمسة صبيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه فقلت من هؤلاء؟ فقال: أولادي كل خمسة منهم في بطن وفي المهد خمسة أطفال. وقال

قوله: **(من مبال الذكر)** بالباء بواحدة من تحت وهو موضع البول. قوله: **(خمسة كهول)** الكهل من الرجال الذي جاوز الثلاثين وخطه الشيب. وخمسة فتيان لا فرق في اللغة

ابن المرزبان: **أسقطت امرأة بالأنبار كيساً** فيه اثنا عشر ولداً كل اثنين متقابلان، فإذا انفصل الحمل واستهل ورث لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: إن من السنة أن **لا يرث المنفوس** ولا يورث **حتى يستهل صارخاً**، فإن تحرك حركة حي أو عطس ورث لأنه لم يعرف حياته، وإن خرج بعضه وفيه حياة ومات قبل خروج الباقي لم يرث لأنه لا يثبت له حكم الدنيا قبل انفصال جميعه، ولهذا لا تنقضي به العدة ولا يسقط حق الزوج عن الرجعة قبل انفصال جميعه.

فصل: وإن مات رجل ولم تكن له عصبة ورثه المولى المعتق كما ترثه العصبة على ما ذكرناه في باب الولاء، فإن لم يكن له وارث نظرت فإن كان كافراً صار ماله لمصالح المسلمين، وإن كان مسلماً صار ماله ميراثاً للمسمين **لأنهم يعقلونه** إذا قتل فانتقل ماله إليهم بالموت ميراثاً كالعصبة، فإن كان للمسلمين إمام عادل سلم إليه ليضعه في بيت المال لمصالح المسلمين، وإن لم يكن إمام عادل ففيه وجهان: أحدهما أنه يرد على أهل الفرض على قدر فروضهم إلا على الزوجين، فإن لم يكن أهل الفرض قسم على ذوي الأرحام على مذهب **أهل التنزيل** فيقام كل واحد منهم مقام من يدلي به فيجعل ولد البنات والأخوات بمنزلة أمهاتهم، وبنات الإخوة والأعمام بمنزلة آبائهم، وأبو الأم والخال بمنزلة الأم والعمة والعم من الأم بمنزلة الأب لأن الأمة أجمعت على الإرث بإحدى الجهتين، فإذا عدمت إحداهما تعينت الأخرى، والثاني وهو المذهب أنه لا يرد على أهل السهام ولا يقسم المال على ذوي الأرحام لأنا دللنا أنه للمسلمين والمسلمون لم يعدموا وإنما عدم من يقبض لهم فلم يسقط حقهم كما لو كان الميراث لصبي وليس له ولي فعلى هذا يصرفه من في يده المال إلى المصالح.

باب الجد والاخوة

إذا اجتمع الجد أو أبو الجد وإن علا مع ولد الأب والأم أو ولد الأب ولم تنقصه المقاسمة من الثلث قاسمهم وعصب إناثهم، وقال المزني: يسقطهم ووجهه أن له ولادة وتعصيباً بالرحم فأسقط ولد الأب والأم كالأب وهذا خطأ لأن ولد الأب يدلي بالأب فلم يسقطه الجد كأم الأب، ويخالف الأب فإن الأخ يدلي به ومن أدلى بعصبة لم يرث معه

بين الشاب والفتى وهو البالغ الحديث السن. وهذا الشيخ هو من بادية صنعاء من قرية تسمى خيرة قوله: (**أسقطت امرأة بالأنبار كيساً**) هو وعاء الولد مأخوذ من كيس الدراهم قوله: (**لا يرث المنفوس**) هو المولود. والنفاس الولادة وأصله النفس وهو الدم قوله: (**حتى يستهل صارخاً**) أي يرتفع صوته بالبكاء وأصله من رؤية الهلال وقد ذكر قوله: (**لأنهم يعقلونه**) أي يؤدون عنه العقل وهو الدية قوله: (**أهل التنزيل**) سموا بذلك لأنهم ينزلون من لا يرث بمنزلة

كابن الأخ مع الأخ وأم الأب مع الأب والجد والأخ يدليان بالأب، فلم يسقط أحدهما الآخر كالأخوين من الأب وأم الأب مع الجد ولأن الأب يحجب الأم من الثلث إلى ثلث الباقي مع الزوجين والجد لا يحجبها.

فصل: وإن اجتمع مع الجد ولد الأب والأم وولد الأب عاد ولد الأب والأم الجد بولد الأب لأن من حجب بولد الأب والأم وولد الأب إذا نفرد حجب بهما إذا اجتمعا كالأم، فإن كان له جد وأخ من أب وأم وأخ من أب قسم المال على ثلاثة أسهم للجد سهم ولكل واحد من الأخوين سهم، ثم يرد الأخ من الأب سهمه على الأخ من الأب والأم لأنه لا يرث معه، فلم يشاركه فيما حجبا عنه كما لا يشارك الأخ من الأب الأخ من الأب والأم فيما حجبا عنه الأم، وتعرف هذه المسألة بالمعادة لأن الأخ من الأب والأم عاد الجد بالأخ من الأب ثم أخذ منه ما حصل له، وإن اجتمع مع الجد أخ من الأب وأخت من الأب والأم قسم المال على خمسة أسهم للجد سهمان وللأخ سهمان وللأخت سهم ثم يرد الأخ على الأخت تمام النصف وهو سهم ونصف ويأخذ ما بقي وهو نصف سهم لأن الأخ من الأب إنما يرث مع الأخت من الأب والأم ما يبقى بعد استكمال الأخت النصف، وتصح من عشرة وتسمى عشرية زيد رضي الله عنه، وإن اجتمع مع أختين من الأب وأختين من الأب والأم قسم المال بينهم على ستة أسهم للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم ترد الأختان من الأب جميع ما حصل لهما على الأختين من الأب والأم لأنهما لا يرثان قبل أن تستكمل الأختان من الأب والأم الثلثين.

فصل: وإن كانت المقاسمة تنقص الجد من الثلث بأن زاد الإخوة على اثنين والأخوات على أربع فرض للجد الثلث، وقسم الباقي بين الإخوة والأخوات لأنا قد دللنا على أنه يقاسم الواحد ولا خلاف أنهم لا يقاسمونه أبداً، فكان التقدير بالاثنين أشبه بالأصول، فإن الحجب إذا اختلف فيه الواحد والجماعة وجب التقدير فيه بالاثنين كحجب الأم من الثلث وحجب البنات لبنات الابن وحجب الأخوات للأب والأم للأخوات للأب، ولا يعاد ولد الأب والأم الجد بولد الأب في هذا الفصل لأن المعادة تحجب الجد ولا سبيل إلى حجبه عن الثلث.

فصل: وإن اجتمع مع الجد والإخوة من له فرض أخذ صاحب الفرض فرضه، وجعل للجد أوفر الأمرين من المقاسمة أو ثلث الباقي ما لم ينقص عن سدس جميع المال لأن الفرض كالمستحق من المال، فيصير الباقي كأنه جميع المال وقد بينا أن حكمه في

من يرث ممن يدلى به. وأهل الرد الذين يردون دون ما فضل من الفريضة على أهل الفرض إذا لم يكن عصبة. قوله: **(عاد)** مأخوذ من العدة، وأصله عدد فأسكن الدال الأول ثم أدغم

جميع المال أن يجعل له أوفر الأمرين من المقاسمة أو ثلث المال فكذلك فيما بقي بعد الفرض، فإن نقصته المقاسمة أو ثلث الباقي عن السدس فرض له السدس لأن ولد الأب والأم ليس بأكثر من ولد الصلب، ولو اجتمع الجد مع ولد الصلب لم ينقص حقه من السدس، فلأن لا ينقص مع ولد الأب والأم أولى، وإن مات رجل وخلف بنتاً وجداً وأختاً فللبنت النصف والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين وهي من مربعات عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فإنه قال: للبنت النصف والباقي بين الجد والأخت نصفان وتصح من أربعة، وإن ماتت امرأة وخلفت زوجاً وأماً وجداً، فللزوج النصف وللأم الثلث والباقي للجد وهو السدس وهي من مربعات عبد الله رضي الله عنه لأنه يروى عنه أنه قال: للزوج النصف والباقي بين الجد والأم نصفان وتصح من أربعة وهذا خطأ لأن الجد أبعد من الأم فلم يجز أن يحجبها كجد الأب مع أم الأب، وإن مات رجل وخلف زوجة وأماً وأخاً وجداً فللزوجة الربع وللأم الثلث والباقي بين الجد والأخ نصفان وتصح من أربعة وعشرين للزوجة ستة أسهم، وللأم ثمانية والباقي بين الجد والأخ لكل واحد منهما خمسة وهي من مربعات عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، فإنه روي عنه أنه جعل للزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي، والباقي بين الجد والأخ نصفان وتصح من أربعة للزوجة سهم وللأم سهم وللأخ سهم وللجد سهم، وإن مات رجل وخلف امرأة وجداً وأختاً فللمرأة الربع والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين وتعرف بالمربعة لأن مذهب زيد ما ذكرناه ومذهب أبي بكر وابن عباس رضي الله عنهما للمرأة الربع والباقي للجد، ومذهب علي وعبد الله رضي الله عنهما للمرأة الربع وللأخت النصف والباقي للجد، واختلفوا فيها على ثلاثة مذاهب واتفقوا على القسمة من أربعة. وإن مات رجل وخلف أماً وأختاً وجداً فللأم الثلث والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين **وتسمى الخرقاء** لكثرة اختلاف الصحابة فيها فإن زيداً ذهب إلى ما قلناه، وذهب أبو بكر وابن عباس رضي الله عنهما إلى أن للأم الثلث والباقي للجد، وذهب عمر إلى أن للأخت النصف وللأم ثلث الباقي وهو السدس والباقي للجد، وذهب عثمان رضي الله عنه إلى أن للأم الثلث والباقي بين الجد والأخت نصفان وتصح من ثلاثة، وذهب عليٌّ عليه السلام إلى أن للأخت النصف وللأم الثلث والباقي للجد، وعن ابن مسعود روايتان إحداهما مثل قول عمر رضي لله عنه، والثانية للأخت النصف والباقي بين الأم والجد نصفان وتصح من أربعة وتعرف بمثلثة عثمان ومربعة عبد الله رضي الله عن الجميع.

فصل: ولا يفرض للأخت مع الجد إلا في مسألة واحدة وهي إذا ماتت امرأة

ومد قوله: **(وتسمى الخرقاء)** لعلها مأخوذة من الخرق وهي الأرض الواسعة تتخرق فيها

وخلفت زوجاً وأختاً وجداً فللزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس وأصلها من ستة وتعول إلى تسعة، ويجمع نصف الأخت وسدس الجد فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وتصح من سبعة وعشرين للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة لأنه لا بد من أن يعطي الزوج النصف لأنه ليس ههنا من يحجبه ولا بد من أن تعطي الأم الثلث لأنه ليس ههنا من يحجبها، ولا بد من أن يعطي الجد السدس لأن أقل حقه السدس، ولا يمكن إسقاط الأخت لأنه ليس ههنا من يسقطها ولا يمكن أن تعطي النصف كاملاً لأنه لا يمكن تفضيلها على الجد فوجب أن يقسم مالهما بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وتعرف هذه المسألة بالأكدرية لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلاً اسمه الأكدر فنسبت إليه وقيل سميت أكدرية لأنها **كدرت على زيد** أصله لأنه لا يعيل مسائل الجد وقد أعال ولا يفرض للأخت مع الجد وقد فرض. فإن كان مكان الأخت في الأكدرية أخ لم يرث، لأن للزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس، ولا يجوز أن يشارك الجد في السدس لأن الجد يأخذ السدس بالفرض، والأخ لا يرث بالفرض، وإنما يرث بالتعصيب ولم يبق ما يرثه بالتعصيب فسقط وبالله التوفيق.

الرياح لاتساع القول فيها، أو المراد الخرقاء وهي التي لا تحسن صنعة قوله: **(كدرت على زيد)** أصل الكدر ضد الصفو يقال كدر الماء يكدر بالضم كدورة وكذلك تكدر وكدره غيره. ويقال إن اسم المرأة في المسألة أكدرية فنسبت إليها.

كتاب النكاح

النكاح جائز لقوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ [النساء: ٣] ولما روى علقمة عن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: **«يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»**(١).

فصل: ولا يصح النكاح إلا من جائز التصرف، فأما الصبي والمجنون فلا يصح منهما عقد النكاح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع، وأما المحجور عليه لسفه فلا يصح نكاحه بغير إذن الولي لأنه عقد يستحق به المال فلم يصح منه من غير إذن الولي، ويصح منه بإذن الولي لأنه لا يأذن له إلا فيما يرى الحظ فيه، وأما العبد فلا يصح نكاحه بغير إذن المولى لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل»(٢) ولأنه بالنكاح تنقص قيمته ويستحق بالمهر والنفقة كسبه وفي ذلك إضرار بالمولى فلم يجز من غير إذنه ويصح منه بإذن المولى لأنه لما أبطل النبي ﷺ نكاحه بغير إذنه دل على أنه يصح بإذنه ولأن المنع لحق المولى فزال بإذنه.

فصل: ومن جاز له النكاح **وتاقت نفسه** إليه وقدر على المهر والنفقة، فالمستحب له أن يتزوج لحديث عبد الله ولأنه أحصن لفرجه وأسلم لديه ولا يجب ذلك لما روى إبراهيم بن ميسرة رضي الله عنه عن عبيد بن سعد يبلغ به النبي ﷺ **«من أحب فطرتي**

ومن كتاب النكاح

قوله ﷺ: **(من استطاع منكم الباءة فليتزوج)** الباء والباءة شهوة النكاح سمي باء لأن الرجل يتبوأ من زوجته أي يسكن إليها. وأراد ههنا المال سماها باسم سببها قال المعري فأحسن:

والبـاء مـثـل البـاء يـخـ ـفـض للـدناءة أو يـجـر

قوله: **(أغض للبصر)** أي يمنعه أن ينظر إلى امرأة غيره. وأحصن للفرج مأخوذ من الحصن الذي يمتنع به من العدو قوله: **(وجاء)** الوجاء بالكسر رض عروق الخصيتين حتى تنفضخ فيكون شبيهاً بالخصي ومنه الحديث: «ضحى بكبشين موجوءين». قوله: **(تاقت**

---

(١) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ٢، ٣. مسلم في كتاب النكاح حديث ١. النسائي في كتاب الصيام باب ٤٣. ابن ماجه في كتاب النكاح باب ١.

(٢) رواه أبو داود في كتاب النكاح باب ١٦.

فليستن بسنتي ومن سنتي النكاح»[١] ولأنه ابتغاء لذة تصبر النفس عنها فلم يجب كلبس الناعم وأكل الطيب. ومن لم تتق نفسه إليه فالمستحب له أن لا يتزوج لأنه تتوجه عليه حقوق هو غني عن التزامها ويحتاج أن يشتغل عن العبادة بسببها، وإذا تركه تخلى للعبادة فكان تركه أسلم لدينه.

فصل: والمستحب أن لا يتزوج إلا ذات دين لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «تنكح المرأة لأربع لما لها **وحسبها** وجمالها ودينها، فاظفر بذات الدين **تربت يداك»**[٢] ولا يتزوج إلا ذات عقل لأن القصد بالنكاح العشرة وطيب العيش ولا يكون ذلك إلا مع ذات عقل ولا يتزوج إلا من يستحسنها لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**إنما النساء لعب** فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها».

فصل: وإذا أراد نكاح امرأة فله أن ينظر وجهها وكفيها لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلاً أراد أن يتزوج امرأة من نساء الأنصار فقال النبي ﷺ: «انظر إليها **فإن في أعين الأنصار شيئاً**» ولا ينظر إلى ما سوى الوجه والكفين لأنه عورة ويجوز للمرأة إذا أرادت أن تتزوج برجل أن تنظر إليه لأنه يعجبها من الرجل ما يعجب الرجل منها ولهذا قال عمر رضي الله عنه: لا تزوجوا بناتكم من **الرجل الدميم** فإنه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن. ويجوز لكل واحد منهما أن ينظر إلى وجه الآخر عند المعاملة لأنه يحتاج إليه

نفسه) اشتاقت واشتهت قوله: **(من أحب فطرتي فليستن بسنتي)** فطرتي ههنا ديني. وأصل الفطرة الابتداء ومنه ﴿فطرة الله التي فطر الناس عليها﴾ أي اتبع دين الله. والسنة أصلها الطريقة أي فليأخذ بطريقتي وعملي قوله: **(وحسبها)** الحسب ما يعده الرجل من مفاخر آبائه وأجداده. والرجل حسيب وقد حسب حسابة، مأخوذ من الحساب لأنهم إذا تفاخروا عدوا مناقبهم ومآثرهم وحسبوها. والحسب العد والحسب المعدود كالقبض والقبض قوله: **(تربت يداك)** كأنه دعاء عليه بالفقر إن لم يفعل ذلك يقال ترب إذا افتقر وتراءب إذا استغنى قوله: **(إنما النساء لعب)** جمع لعبة وكل ملعوب به فهو لعبة لأنه اسم وهو الشيء الذي يلعب به وأراد أن زوجها تزوجها ليلعب بها ويستريح قوله: **(فإن في أعين الأنصار شيئاً)** وروي شيئاً قيل زرقة وقيل عمش قوله: **(الرجل الدسم)** بدال مهملة هو القصير مع قبح منظر وأما الذميم

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب النكاح باب ١.

(٢) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ١٥. أبو داود في كتاب النكاح باب ٢. الترمذي في كتاب النكاح باب ٤. النسائي في كتاب النكاح باب ١٠. ابن ماجه في كتاب النكاح باب ٦.

للمطالبة بحقوق العقد والرجوع بالعهدة، ويجوز ذلك عند الشهادة للحاجة إلى معرفتها في التحمل والأداء، ويجوز لمن اشترى جارية أن ينظر إلى ما ليس بعورة منها للحاجة إلى معرفتها، ويجوز للطبيب أن ينظر إلى الفرج للمداومة لأنه موضع ضرورة فجاز له النظر إلى الفرج كالنظر في حال الختان، وأما من غير حاجة فلا يجوز للأجنبي أن ينظر إلى الأجنبية، ولا للأجنبية أن تنظر إلى الأجنبي لقوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن﴾ [النور: ٣٠ - ٣١] وروت أم سلمة رضي الله عنها قالت: كنت عند رسول الله ﷺ وعنده ميمونة فأقبل ابن أم مكتوم فقال رسول الله ﷺ: «احتجبن عنه» فقلت: يا رسول الله أليس أعمى لا يبصرنا ولا يعرفنا فقال: «أفعمياوان أنتما أليس تبصرانه»[1] وروى علي كرم الله وجهه أن النبي ﷺ أردف الفضل فاستقبلته جارية من خثعم فلوى عنق الفضل فقال أبوه العباس لويت عنق ابن عمك قال: «رأيت شاباً وشابة فلم آمن الشيطان عليهما» ولا يجوز النظر إلى **الأمرد** من غير حاجة لأنه يخاف الافتتان به كما يخاف الافتتان بالمرأة.

فصل: ويجوز لذوي المحارم النظر إلى ما فوق السرّة ودون الركبة من ذوات المحارم لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو إخوانهن أو بني إخوانهن أو بني أخواتهن أو نسائهن أو ما ملكت أيمانهن أو التابعين **غير أولى الإربة** من الرجال﴾ [النور: ٣١] ويجوز للرجل أن ينظر إلى ذلك من الرجل وللمرأة أن تنظر إلى ذلك من المرأة لأنهم كذوي المحارم في تحريم النكاح على التأبيد فكذلك في جواز النظر، واختلف أصحابنا في مملوك المرأة فمنهم من قال هو محرم لها في جواز النظر والخلوة وهو المنصوص لقوله عز وجل: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ [النور: ٣١] فذكره مع ذوي المحارم في إباحة النظر. وروى أنس رضي الله عنه

بالذال المعجمة فهو السيء الخلق وقد دممت يا فلان تدم وتدم دمامة أي صرت قبيحاً دميماً يقال: ما وراء الخلق الدميم إلا الخلق الذميم قوله: **(فأرى عنق الفضل)** أي أماله إلى الجهة التي لا يبصرها منها قوله: **(الأمرد)** يقال غلام أمرد بين المرد بالتحريك لا شعر على عارضيه. وغصن أمرد لا ورق عليه وأرض مرداء لا نبات فيها قوله: **(غير أولى الإربة)** الإربة بالكسر الحاجة. وأراد الحاجة إلى النكاح وفيه لغات إرب وإربة ومأربة وماربة. قال المطرزي الإربة وهي العقدة كأن قلب صاحبها معقود بها كما أن الفرض من الفرضة ألا

---

(١) رواه أبو داود في كتاب اللباس باب ٣٤. أبو داود في كتاب اللباس باب ٢٩. أحمد في مسنده (٦/ ٢٩٦).

قال: أعطى رسول الله ﷺ فاطمة غلاماً فأقبل النبي ﷺ ومعه الغلام فتقنعت بثوب إذا **قنعت رأسها** لم يبلغ رجليها، وإذا غطت رجليها لم يبلغ رأسها فقال النبي ﷺ: «إنه ليس عليك بأس إنما هو أبوك وغلامك» ومنهم من قال ليس بمحرم لأن المحرم من يحرم على التأبيد وهذا لا يحرم على التأبيد فلم يكن محرماً. واختلفوا **في المراهق** مع الأجنبية فمنهم من قال: هو كالبالغ في تحريم النظر لقوله تعالى: ﴿أوالطفل الذين **لم يظهروا** على عورات النساء﴾ [النور: ٣١] فدل على أنه لا يجوز لمن ظهر على عورات النساء ولأنه كالبالغ في الشهوة فكان كالبالغ في تحريم النظر، ومن أصحابنا من قال: يجوز له النظر إلى ما ينظر ذو محرم وهو قول أبي عبد الله الزبيري لقوله عز وجل: ﴿وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا﴾ [النور: ٥٩] فدل على أنهم إذا لم يبلغوا الحلم لم يستأذنوا.

فصل: ومن تزوج امرأة أو ملك جارية يملك وطأها فله أن ينظر منها إلى غير الفرج، وهل يجوز أن ينظر إلى الفرج؟ فيه وجهان: أحدهما لا يجوز لما روي أن النبي ﷺ قال: «النظر إلى الفرج **يورث الطمس**» والثاني يجوز وهو الصحيح لأنه يملك الاستمتاع به فجاز له النظر إليه كالفخذ، وإن زوج أمته حرم عليه النظر إلى ما بين السرة والركبة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «إذا زوج أحدكم جاريته عبده أو أجيره فلا ينظر إلى ما دون السرة والركبة»[1].

باب ما يصح به النكاح

لا يصح النكاح إلا بولي فإن عقدت المرأة لم يصح وقال أبو ثور: إن عقدت بإذن الولي صح ووجهه أنها من أهل التصرف، وإنما منعت من النكاح لحق الولي، فإذا أذن زال المنع كالعبد إذا أذن له المولى في النكاح وهذا خطأ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه رفعه: «ولا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها» ولأنها غير مأمونة على البضع لنقصان عقلها وسرعة انخداعها، فلم يجز تفويضه إليها كالمبذر في المال ويخالف العبد فإنه منع لحق المولى فإنه ينقص قيمته بالنكاح، ويستحق كسبه في المهر والنفقة فزال المنع بإذنه، فإن عقد النكاح بغير ولي وحكم به الحاكم ففيه وجهان: أحدهما وهو قول

تراهم سموها حاجة وهي الشوكة في الأصل كأنها تنشب بالفكر تشوب الشوكة فيما تتعلق به. قوله: **(قنعت رأسها)** أي غطته ومنه سمي القناع المقنعة قوله: **(في المراهق)** هو الذي قارب الاحتلام يقال راهق الغلام فهو مراهق قوله: **(لم يظهروا)** أي لم يقووا من ظهرت على الرجل أي غلبته، وأراد بالعورة ههنا الجماع، سماه باسم سببه قوله: **(يورث الطمس)**

---

(١) رواه أبو داود في كتاب اللباس باب ٣٤. كتاب الصلاة باب ٢٦.

أبي سعيد الإصطخري أنه ينقض حكمه لأنه مخالف لنص الخبر وهو ما ورت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل **فإن اشتجروا** فالسلطان ولي من لا ولي له»[1]، فإن أصابها فلها مهرها بما استحل من فرجها. والثاني لا ينقض وهو الصحيح لأنه مختلف فيه فلم ينقض فيه حكم الحاكم كالشفعة للجار، وأما الخبر فليس بنص لأنه محتمل للتأويل فهو كالخبر في شفعة الجار، فإن وطئها الزوج قبل الحكم بصحته لم يجب الحد. وقال أبو بكر الصيرفي: إن كان الزوج شافعياً يعتقد تحريمه وجب عليه الحد كما لو وطئ امرأة في فراشه وهو يعلم أنها أجنبية والمذهب الأول لأنه وطء مختلف في إباحته، فلم يجب به الحد كالوطء في النكاح بغير شهود، ويخالف من وطئ امرأة في فراشه وهو يعلم أنها أجنبية لأنه لا شبهة له في وطئها، وإن طلقها لم يقع الطلاق. وقال أبو إسحاق: يقع لأنه نكاح مختلف في صحته فوقع فيه الطلاق كنكاح المرأة في عدة أختها والمذهب الأول لأنه طلاق في غير ملكه فلم يصح كما لو طلق أجنبية.

فصل: وإن كانت المنكوحة أمة فوليها مولاها لأنه عقد على منفعتها فكان إلى المولى كالإجارة وإن كانت الأمة لامرأة زوجها من يزوج مولاتها لأنه نكاح في حقها فكان إلى وليها كنكاحها ولا يزوجها الولي إلا بإذنها لأنه تصرف منفعتها فلم يجز من غير إذنها، فإن كانت المولاة غير رشيدة نظرت، فإن كان وليها غير الأب والجد لم يملك تزويجها لأنه لا يملك التصرف في مالها، وإن كان الأب أو الجد ففيه وجهان: أحدهما لا يملك لأن فيه تغريراً بمالها لأنها ربما حبلت وتلفت، والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه يملك تزويجها لأنها تستفيد به المهر والنفقة واسترقاق ولدها، وإن كانت المنكوحة حرة فوليها عصباتها وأولاهم الأب ثم الجد ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم، لأن الولاية في النكاح تثبت لدفع العار عن النسب والنسب إلى العصبات، فإن لم يكن لها عصبة زوجها المولى المعتق ثم عصبة المولى ثم مولى المولى ثم عصبته لأن الولاء كالنسب في التعصيب فكان كالنسب في التزويج فإن لم يكن فوليها السلطان لقوله ﷺ:

الطمس العمى قال الله تعالى: ﴿فطمسنا أعينهم﴾ [القمر: ٣٧] وأصله استئصال أثر الشيء ومنه: ﴿فإذا النجوم طمست﴾ [المرسلات: ٨] وأراد أن الولد يخرج أعمى وقيل الناظر إليه قوله: **(البضع)** هو الفرج والمباضعة المجامعة مشتق من ذلك قوله: **(فإن اشتجروا)** أي

---

(١) رواه الترمذي في كتاب النكاح باب ١٥. ابن ماجه في كتاب النكاح باب ١٥. الدارمي في كتاب النكاح باب ١١. أحمد في مسنده (٦/ ٤٧، ٦٦).

«فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[1] ولا أحد من الأولياء وهناك من هو أقرب منه لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث، وإن استوى اثنان في الدرجة وأحدهما يدلي بالأبوين والآخر بأحدهما كأخوين أحدهم من الأب والأم والآخر من الأب ففيه قولان: قال في القديم هما سواء لأن الولاية بقرابة الأب وهما في قرابة الأب سواء، وقال في الجديد يقدم من يدلي بالأبوين لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم من يدلي بالأبوين على من يدلي بأحدهما كالميراث، فإن استويا في الدرجة والإدلاء فالمستحب أن يقدم أسنهما وأعلمهما وأورعهما لأن الأسن أخبر والأعلم أعرف بشروط العقد والأورع أحرص على طلب الحظ، فإن زوج الآخر صح لأن ولايته ثابتة، وإن تشاحا أقرع بينهما لأنهما تساويا في الحق فقدم بالقرعة كما لو أراد أن يسافر بإحدى المرأتين، فإن خرجت القرعة لأحدهما فزوج الآخر ففيه وجهان: أحدهما يصح لأن خروج القرعة لأحدهما لا يبطل ولاية الآخر، والثاني لا يصح لأنه يبطل فائدة القرعة.

فصل: ولا يجوز للابن أن يزوج أمه بالبنوة لأن الولاية ثبتت للأولياء لدفع العار عن النسب، ولا نسب بين الابن والأم وإن كان للابن تعصيب بأن كان ابن ابن عمها جاز له أن يزوجها لأنهما يشتركان في النسب، فإن كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنها فعلى القولين في أخوين أحدهما من الأب والأم والآخر من الأب.

فصل: ولا يجوز أن يكون الولي صغيراً ولا مجنوناً ولا عبداً لأنه لا يملك العقد لنفسه فلا يملكه لغيره، واختلف أصحابنا في المحجور عليه لسفه فمنهم من قال يجوز أن يكون ولياً لأنه إنما حجر عليه في المال خوفاً من إضاعته وقد أمن ذلك في تزويج ابنته فجاز له أن يعقد كالمحجور عليه للفلس، ومنهم من قال: لا يجوز لأنه ممنوع من عقد النكاح لنفسه فلم يجز أن يكون ولياً لغيره، ولا يجوز أن يكون فاسقاً على المنصوص لأنها ولاية فلم تثبت مع الفسق كولاية المال، ومن أصحابنا من قال: إن كان أباً أو جداً لم يجز وإن كان غيرهما من العصبات جاز لأنه يعقد بالإذن فجاز أن يكون فاسقاً كالوكيل، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما لا يجوز لما ذكرناه، والثاني يجوز لأنه حق يستحق بالتعصيب فلم يمنع منه الفسق كالميراث والتقدم في الصلاة على الميت. وهل يجوز أن يكون أعمى فيه وجهان: أحدهما يجوز لأن شعيباً عليه السلام كان أعمى

اختلفوا يقال اشتجر القوم إذا اختلفوا وتنازعوا. قال الله تعالى: ﴿حتى يحكموك فيما شجر بينهم﴾.

---

(١) المصدر السابق.

وزوج ابنته من موسى ﷺ، والثاني لا يجوز لأنه يحتاج إلى البصر في اختيار الزوج ولا يجوز للمسلم أن يزوج ابنته الكافرة، ولا للكافر أن يزوج ابنته المسلمة لأن الموالاة بينهما منقطعة والدليل عليه قوله تعالى: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾ [التوبة: ٧١] وقوله سبحانه ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ ولهذا لا يتوارثان. ويجوز للسلطان أن يزوج نساء أهل الذمة لأن ولايته تعم المسلمين وأهل الذمة، ولا يجوز للكافر أن يزوج أمته المسلمة، وهل يجوز للمسلم أن يزوج أمته الكافرة فيه وجهان: أحدهما يجوز وهو قول أبي إسحاق وأبي سعيد الإصطخري وهو المنصوص لأنها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع منها اختلاف الدين كالولاية في البيع والإجارة، والثاني لا يجوز وهو قول أبي القاسم الداركي لأنه إذا لم يملك تزويج الكافرة بالنسب فلأن لا يملك بالملك أولى.

فصل: وإن خرج الولي عن أن يكون من أهل الولاية بفسق أو جنون انتقلت الولاية إلى من بعده من الأولياء لأنه بطلت ولايته فانتقلت الولاية إلى ممن بعده كما لو مات، فإن زال السبب الذي بطلت به الولاية عادت الولاية لزوال السبب الذي أبطل الولاية، فإن زوّجها من انتقلت إليه قبل أن يعلم بعود ولاية الأول ففيه وجهان بناء على القولين في الوكيل إذا باع ما وكل في بيعه قبل أن يعلم بالعزل، وإن دعت المنكوحة إلى كفؤ **فعضلها الولي** زوجها السلطان لقوله ﷺ: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» ولأنه حق توجه عليه تدخله النيابة، فإذا امتنع قام السلطان مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من أدائه، وإن غاب الولي إلى مسافة تقصر فيها الصلاة زوجها السلطان ولم يكن لمن بعده من الأولياء أن يزوج لأن ولاية الغائب باقية ولهذا لو زوجها في مكانه صح العقد وإنما تعذر من جهته فقام السلطان مقامه كما لو حضر وامتنع من تزويجها، فإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز تزويجها إلا بإذنه لأنه كالحاضر، والثاني يجوز للسلطان أن يزوجها لأنه تعذر استئذانه فأشبه إذا كان في سفر بعيد. ويستحب للحاكم إذا غاب الولي وصار التزويج إليه أن يأذن لمن تنتقل الولاية إليه ليزوجها ليخرج من الخلاف فإن عند أبي حنيفة أن الذي يملك التزويج هو الذي تنتقل الولاية إليه.

فصل: ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها صغيرة كانت أو كبيرة لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر

قوله: (**فعضلها الولي**) أي منعها من النكاح ومنه قوله تعالى: ﴿فلا تعضلوهن﴾ [البقرة: ٢٣٢] يقال عضل يعضل ويعضل عضلاً. وعضلت عليه تعضيلاً إذا ضيقت عليه في أمره

يستأمرها أبوها في نفسها»[١] فدل على أن الولي أحق بالبكر. وإن كانت بالغة فالمستحب أن يستأذنها للخبر وإذنها صماتها لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**الأيم** أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»[٢] ولأنها تستحي أن تأذن لأبيها بالنطق فجعل صماتها إذناً. ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلغ وتأذن لما روى نافع أن عبد الله بن عمر رضي الله عنه تزوج بنت خاله عثمان بن مظعون فذهبت أمها إلى رسول الله ﷺ وقالت: إن ابنتي تكره ذلك فأمره رسول الله ﷺ أن يفارقها وقال: «لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهن، فإن سكتن فهو إذنهن» فتزوجت بعد عبد الله المغيرة بن شعبة ولأنه ناقص الشفقة، ولهذا لا يملك التصرف في مالها بنفسه، ولا يبيع مالها من نفسه فلا يملك التصرف في بضعها بنفسها فإن زوجها بعد البلوغ ففي إذنها وجهان: أحدهما أن إذنها بالنطق لأنه لما افتقر تزويجها إلى إذنها افتقر إلى نطقها بخلاف الأب والجد، والثاني وهو المنصوص في الإملاء وهو الصحيح أن إذنها بالسكوت لحديث نافع، وأما الثيب فإنها إن ذهبت بكارتها بالوطء، فإن كانت بالغة عاقلة لم يجز لأحد تزويجها إلا بإذنها لما روت **خنساء بنت خذام** الأنصارية أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فذكرت لرسول الله ﷺ فرد نكاحها، وإذنها بالنطق لحديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها» فدل على أن إذن الثيب بالنطق وإن كانت صغيرة لم يجز تزويجها حتى تبلغ وتأذن لأن إذنها معتبر في حال الكبر فلا يجوز **الإفتيات عليها** في حال الصغر، وإن كانت مجنونة جاز للأب والجد تزويجها صغيرة كانت أو كبيرة لأنه لا يرجى لها حال تستأذن فيها، ولا

وحلت بينه وبين ما يريد. وأصله من عضلت المرأة إذا نشب ولدها في بطنها وعسر خروجه قاله العزيزي قوله: (**يستأمرها أبوها**) أي ينكحها بأمرها قوله: (**الأيم**) هي التي لا زوج لها وكذلك الرجل تزوجا قبل ذلك أو لم يتزوجا. وقد آمت المرأة تئيم إيمة وإيماً وأيوماً قوله: (**أحرى أن يؤدم بينكما**) أي يؤلف والأدمة الألفة أدم أي ألف قوله: (**وإن كان الولي ضعيفاً**) له تأويلان قيل المجنون وقيل: الشيخ الكبير لضعف نظرهما في طلب الحظ لها، والعرب تقول في الذي لا نظر له ضعيف والذي لا نطق له ضعيف والذي لا عقل له ضعيف قوله: (**خنساء بنت خذام**) بخاء وذال معجمتين قوله: (**الإفتيات عليها**) افتات عليه إذا فوت عليه ما

---

(١) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ٣. أبو داود في كتاب النكاح باب ٢٣ ـ ٢٥. الترمذي في كتاب النكاح باب ١٨. ابن ماجه في كتاب النكاح باب ١١.

(٢) رواه البخاري في كتاب الحيل باب ١١. مسلم في كتاب النكاح حديث ٦٦، ٦٨. أبو داود في كتاب النكاح باب ٢٥. الترمذي في كتاب النكاح باب ١٨. النسائي في كتاب النكاح باب ٣١.

يجوز لسائر العصبات تزويجها لأن تزويجها إجبار وليس لسائر العصبات غير الأب والجد ولاية الإجبار، فأما الحاكم فإنها إن كانت صغيرة لم يملك تزويجها لأنه لا حاجة بها إلى النكاح، وإن كانت كبيرة جاز له تزويجها إن رأى ذلك لأنه قد يكون في تزويجها شفاء لها، وإن ذهبت بكرتها بغير الوطء ففيه وجهان: أحدهما أنها كالموطوءة لعموم الخبر. والثاني وهو المذهب أنها تزوج تزويج الأبكار لأن الثيب إنما اعتبر إذنها لذهاب الحياء بالوطء والحياء لا يذهب بغير الوطء.

فصل: وإن كانت المنكوحة أمة فللمولى أن يزوجها بكراً كانت أو ثيباً، صغيرة كانت أو كبيرة، عاقلة كانت أو مجنونة لأنه عقد يملكه عليها بحكم الملك فكان إلى المولى كالإجارة، وإن دعت الأمة المولى إلى النكاح فإن كان يملك وطأها لم يلزمه تزويجها لأنه يبطل عليه حقه من الاستمتاع، وإن لم يملك وطأها ففيه وجهان: أحدهما لا يلزمه تزويجها لأنه تنقص قيمتها بالنكاح، والثاني يلزمه لأنه لا حق له في وطئها. وإن كانت مكاتبة لم يملك السيد تزويجها بغير إذنها لأنه لا حق له في منفعتها، فإن دعت السيد إلى تزويجها ففيه وجهان أحدهما يجبر لأنها تستعين بالمهر والنفقة على الكتابة، والثاني لا يجبر لأنها ربما عادت إليه وهي ناقصة بالنكاح.

فصل: وإن كان ولي المرأة ممن يجوز له أن يتزوجها كابن عم والمولى المعتق لم يجز أن يزوجها من نفسه فيكون موجباً قابلاً لأنه يملك الإيجاب بالإذن، فلم يجز أن يملك شطري العقد كالوكيل في البيع، فإن أراد أن يتزوجها فإن كان هناك من يشاركه في الولاية زوجها منه وإن لم يكن من يشاركه في الولاية زوجها الحاكم منه، وإن أراد الإمام أن يتزوج امرأة لا ولي لها غيره ففيه وجهان: أحدهما أن له أن يزوجها من نفسه لأنه إذا فوض إلى غيره كان غيره وكيلاً والوكيل قائم مقامه فكان إيجابه كإيجابه، والثاني يرفعه إلى حاكم ليزوجه منه لأن الحاكم يزوج بولاية الحكم فيصير كما لو زوجها منه ولي، ويخالف الوكيل لأنه يزوجها بوكالته، ولهذا يملك عزله إذا شاء، ولا يملك عزل الحاكم من غير سبب وإذا مات انعزل الوكيل ولا ينعزل الحاكم، وإن كان لرجل ابن ابن وبنت ابن وهما صغيران فزوج بنت الابن بابن الابن ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز وهو قول أبي العباس ابن القاص لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدان» والثاني وهو قول أبي بكر ابن الحداد المصري أنه يجوز كما يجوز أن يلي شطري العقد في بيع ماله من ابنه فعلى هذا يحتاج أن يقول: زوجت بنت ابني بابن ابني. وهل يحتاج إلى القبول فيه وجهان: أحدهما يحتاج

يريد. وافتات افتعل من الفوت وهو السبق. معناه أنه يستبد في الرأي بتزويجها دونه فيسبق

إلى القبول وهو أن يقول بعد الإيجاب وقبلت نكاحها له وهو قول أبي بكر ابن الحداد لأنه يتولى ذلك بولايتين فقام فيه مقام الاثنين، والثاني لا يحتاج إلى لفظ القبول وهو قول أبي بكر القفال لأنه قائم مقام اثنين فقام لفظه مقام لفظين.

فصل: وإن وكل الولي رجلاً في التزويج فهل يلزمه أن يعين الزوج فيه قولان: أحدهما لا يلزمه لأن من ملك التوكيل في عقد لم يلزمه تعيين من يعقد معه كالموكل في البيع، والثاني يلزمه لأن الولي إنما جعل إليه اختيار الزوج لكمال شفقته ولا يوجد كمال الشفقة في الوكيل فلم يجعل اختيار الزوج إليه.

فصل: ولا يجوز للولي أن يزوج المنكوحة **من غير كفء** إلا برضاها ورضى سائر الأولياء لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم»(1) ولأن في ذلك إلحاق عارٍ بها وبسائر الأولياء فلم يجز من غير رضاهم.

فصل: وإن دعت المنكوحة إلى غير كفء لم يلزم الولي تزويجها لأنه يلحقه العار، فإن رضيا جميعاً جاز تزويجها لما روت فاطمة بنت قيس قالت أتيت النبي ﷺ فأخبرته أن أبا الجهم يخطبني ومعاوية فقال: أما أبو الجهم **فأخاف عليك عصاه**، وأما معاوية فشاب من شباب قريش لا شيء له، ولكني أدلك على من هو خير لك منهما قلت: من يا رسول الله؟ قال: أسامة قلت: أسامة؟ قال: نعم أسامة، فتزوجت أبا زيد فبورك لأبي زيد فيَّ وبورك لي في أبي زيد. وقال عبد الرحمن بن مهدي: أسامة من الموالي وفاطمة قرشية ولأن المنع من نكاح غير الكفء لحقهما، فإذا رضيا زال المنع، فإن زوجت المرأة من غير كفء من غير رضاها أو من غير رضا سائر الأولياء فقد قال في الأم: النكاح باطل وقال في الإملاء: كان للباقين الرد وهذا يدل على أنه صحيح فمن أصحابنا من قال فيه قولان: أحدهما أنه باطل لأنه عقد في حق غيره من غير إذن فبطل كما لو باع مال غيره بغير إذنه، والثاني أنه صحيح ويثبت فيه الخيار لأن النقص يوجب الخيار دون البطلان كما لو اشترى شيئاً معيباً، ومنهم من قال العقد باق قولاً واحداً لما ذكرناه، وتأول قوله في الإملاء على أنه أراد بالرد المنع من العقد ومنهم من قال: إن عقد وهو يعلم أنه ليس بكفء بطل العقد كما لو اشترى الوكيل سلعة وهو يعلم بعيبها، وإن لم يعلم صح العقد

إلى تزويجها. قوله: (**فهو سفاح**) السفاح الزنا يقال: سافحه مسافحة وسفاحا قوله: (**من غير كفء**) الكفء المساوي لها والمماثل قوله: (**فأخاف عليك عصاه**) أي الضرب بالعصا وقال

---

(1) رواه ابن ماجه في كتاب النكاح باب ٤٦.

وثبت الخيار كما لو اشترى الوكيل سلعة ولم يعلم بعيبها وحمل القولين على هذين الحالين.

فصل: والكفاءة في الدين والنسب والحرية والصنعة، فأما الدين فهو معتبر، فالفاسق ليس بكفء للعفيف لما روى أبو حاتم المزني أن رسول الله ﷺ قال: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض **وفساد عريض**»[(١)]، وأما النسب فهو معتبر فالأعجمي ليس بكفء للعربية لما روي عن سلمان رضي الله عنه أنه قال: لا نؤمكم في صلاتكم، ولا ننكح نساءكم. وغير القرشي ليس بكفء للقرشية لقوله ﷺ: «قدموا قريشاً ولا تقدموها» وهل تكون قريش كلها أكفاء فيه وجهان: أحدهما أن الجميع أكفاء كما أن الجميع في الخلافة أكفاء، والثاني أنهم يتفاضلون فعلى هذا غير الهاشمي والمطلبي ليس بكفء للهاشمية والمطلبية لما روى واثلة بن الأسقع أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله **اصطفى كنانة** من بني إسماعيل واصطفى من كنانة قريشاً واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم»[(٢)] وأما بنو هاشم وبنو المطلب فهم أكفاء لأن النبي ﷺ سوى بينهم في الخمس وقال: «إن بني هاشم وبني المطلب شيء واحد» وأما الحرية فهي معتبرة فالعبد ليس بكفء للحرة لقوله تعالى: ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ومن رزقناه منا رزقاً حسناً فهو ينفق منه سراً وجهراً هل يستوون﴾ ولأن الحرة يلحقها العار بكونها تحت عبد. وأما الصنعة فهي معتبرة فالحائك ليس بكفء للبزاز والحجام ليس بكفء للخراز لأن الحياكة والحجامة

أبو عبيد في قوله ﷺ: «أنفق على أهلك ولا ترفع عصاك عنهم» لم يرد العصا التي يضرب بها ولا أمر أحداً بذلك وإنما أراد أن يمنعها من الفساد يقال للرجل: إذا كان رفيقاً حسن السياسة لين العصا. وقيل السفر كني بالعصا عنه قال الشاعر:

فألقت عصاها واستقر بها النوى

وقيل كني به عن كثرة الجماع وليس بشيء. قال الأزهري معناه أنه شديد على أهله خشن الجانب في معاشرتهن مستقص عليهن في باب الغيرة. قوله: **(فساد عريض)** أي عام فاش كني عنه بالعريض ومنه قوله تعالى: ﴿فذو دعاء عريض﴾ قوله: **(اصطفى كنانة)** الطاء فيه بدل من التاء والصفاء ضد الكدر ممدود وصفوة الشيء خالصه ومحمد ﷺ ومصطفاه

---

(١) رواه الترمذي في كتاب النكاح باب ٣. ابن ماجه في كتاب النكاح باب ٤٦.

(٢) رواه مسلم في كتاب الفضائل حديث ١. الترمذي في كتاب المناقب باب ١. أحمد في مسنده (٤/ ١٠٧).

يسترذل أصحابها، واختلف أصحابنا في اليسار فمنهم من قال: يعتبر فالفقير ليس بكفء للموسر لما روى سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الحسب المال والكرم التقوى»[١] ولأن نفقة الفقير دون نفقة الموسر ومنهم من قال: لا يعتبر لأن المال يروح ويغدو ولا يفتخر به ذوو المروءات ولهذا قال الشاعر:

غنينا زماناً بالتصعلك والغنى ... وكلاً سقاناه بكأسيهما الدهر

فما زادنا بغياً على ذي قرابة ... غنانا ولا أزرى بأحسابنا الفقر

فصل: وإن كان للمرأة وليان وأذنت لكل واحد منهما في تزويجها فزوجها كل واحد منهما من رجل نظرت، فإن كان العقدان في وقت واحد أو لم يعلم متى عقدا أو علم أن أحدهما قبل الآخر ولكن لم يعلم عين السابق منهما بطل العقدان لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، وإن علم السابق ثم نسي وقف الأمر لأنه قد يتذكر، وإن علم السابق وتعين فالنكاح هو الأول والثاني باطل لما روى سمرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إيما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما»[٢] فإن ادعى كل واحد من الزوجين أنه هو الأول وادعيا علم المرأة به، فإن أنكرت العلم فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل عدم العلم، وإن أقرت لأحدهما سلمت إليه وهل تحلف للآخر فيه قولان: أحدهما لا تحلف لأن اليمين تعرض على المنكر حتى يقر ولو أقرت للثاني بعدما أقرت للأول لم يقبل فلم يكن في تحليفها له فائدة، والثاني تحلف لأنها ربما نكلت وأقرت للثاني فيلزمها المهر فعلى هذا إن حلفت سقط دعوى الثاني، وإن أقرت للثاني لم يقبل رجوعها ويجب عليها المهر للثاني، وإن نكلت رددنا اليمين على الثاني، فإن لم يحلف استقر النكاح للأول، وإن حلف حصل مع الأول إقرار ومع الثاني يمين ونكول المدعى

وقال أبو عبيدة صفوة مالي، فإذا نزعوا الهاء قالوا صفو مالي بالفتح لا غير قوله: **(يسترذل أصحابها)** الرذل الدون الخسيس وقد رذل فلان بالضم يرذل رذالة ورذولة فهو رذل ورذال بالضم من قوم رذول، وأرذال ورذلاء عن يعقوب قوله: **(غنينا زماناً)** أي عشنا أو اكتفينا يقال غني بالمكان أقام به وغنى أي عاش بالتصعلك بالفقر والصعلوك الفقير. وعروة الصعاليك رجل من العرب كان يجمع الفقراء في حظيرة ويرزقهم مما يغنم قوله: **(فما زادنا بغياً)** البغي التعدي ويروى بأوا أي كبراً والبأو الكبر والفخر يقال بأوت على القوم بأوا.

---

(١) رواه الترمذي في كتاب تفسير سورة ٤٩ باب ٦. ابن ماجه في كتاب الزهد باب ١٤. أحمد في مسنده (١٠/٥).

(٢) رواه أبو داود في كتاب النكاح باب ٢١. الترمذي في كتاب النكاح باب ١٩. النسائي في كتاب البيوع باب ٩٦. الدارمي في كتاب النكاح باب ١٥.

عليه فإن قلنا إنه كالبينة حكم بالنكاح للثاني لأن البينة تقدم على الإقرار، وإن قلنا إنه بمنزلة الإقرار وهو الصحيح ففيه وجهان: أحدهما يحكم ببطلان النكاحين لأن مع الأول إقراراً ومع الثاني ما يقوم مقام الإقرار فصار كما لو أقرت لهما في وقت واحد، والثاني أن النكاح للأول لأنه سبق الإقرار له فلم يبطل بإقرار بعده ويجب عليها المهر الثاني كما لو أقرت للأول ثم أقرت للثاني.

فصل: ويجوز لولي الصبي أن يزوجه إذا رأى ذلك لما روي أن عمر رضي الله عنه زوج ابناً له صغيراً ولأنه يحتاج إليه إذا بلغ، فإذا زوجه ألف حفظ الفرج، وهل له أن يزوجه بأكثر من امرأة فيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأن حفظ الفرج يحصل بامرأة، والثاني يجوز أن يزوجه بأربع لأنه قد يكون له فيه حفظ، وأما المجنون فإنه إن كان له حال إفاقة لم يجز تزويجه بغير إذنه لأنه يمكن استئذانه فلا يجوز الافتيات عليه، وإن لم يكن له حال إفاقة ورأى الولي تزويجه للعفة أو الخدمة زوجه لأن له فيه مصلحة، وأما المحجور عليه للسفه، فإنه إن رأى الولي تزويجه زوجه لأن ذلك من مصلحته، فإن كان كثير الطلاق سراه بجارية لأنه لا يقدر على إعتاقها، وإن طلب التزويج وهو محتاج إليه فامتنع الولي فتزوج بغير إذنه ففيه وجهان: أحدهما أنه لا يصح لأنه تزوج بغير إذنه فلم يصح منه كما لو تزوج قبل الطلب، والثاني يصح لأنه حق وجب له يجوز له أن يستوفيه بإذن من هو عليه، فإذا امتنع جاز له أن يستوفيه بنفسه كما لو كان له على رجل دين وامتنع من أدائه، وأما العبد، فإنه إن كان بالغاً فهل يجوز لمولاه أن يزوجه بغير رضاه فيه قولان: أحدهما له ذلك لأنه مملوك يملك بيعه وإجارته فملك تزويجه من غير رضاه كالأمة، والثاني ليس له ذلك لأن النكاح معنى يقصد به الاستمتاع فلم يملك إجباره عليه كالقسم، وإن كان صغيراً ففيه طريقان: أحدهما أنه على القولين لأنه تصرف بحق الملك فاستوى فيه الصغير والكبير كالبيع والإجارة، والثاني أنه يملك تزويجه قولاً واحداً لأنه ليس من أهل التصرف فجاز تزويجه كالابن الصغير وإن دعا العبد البالغ مولاه إلى النكاح ففيه قولان: أحدهما يلزمه تزويجه لأنه مكلف مولى عليه فإذا طلب التزويج وجب تزويجه كالسفيه، والثاني لا يلزمه لأنه يملك بيعه وإجارته فلم يلزمه تزويجه كالأمة، وأما المكاتب فلا يملك المولى إجباره على النكاح لأنه سقط حقه من رقبته ومنفعته، فإن دعا المكاتب المولى إلى التزويج فإن قلنا يجب عليه تزويج العبد فالمكاتب أولى، وإن قلنا لا يجب عليه تزويج العبد ففي المكاتب وجهان: أحدهما لا يجب لأنه مملوك فلم يلزمه تزويجه كالعبد. والثاني يجب لأنه لا حق له في كسبه بخلاف العبد فإن كسبه للمولى فإذا زوجه بطل عليه كسبه للمهر والنفقة.

. . . .

فصل: ولا يصح النكاح إلا بشاهدين وقال أبو ثور: يصح من غير شهادة لأنه عقد فصح من غير شهادة كالبيع وهذا خطأ لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدان» ويخالف البيع فإن القصد منه المال والقصد من النكاح الاستمتاع وطلب الولد ومبناهما على الاحتياط. ولا يصح إلا بشاهدين ذكرين فإن عقد برجل وامرأتين لم يصح لحديث عائشة رضي الله عنها ولا يصح إلا بعدلين لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[1] فإن عقد بمجهولي الحال ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنه لا يصح لأن ما افتقر ثبوته إلى الشهادة لم يثبت بمجهولين كالإثبات عند الحاكم، والثاني يصح وهو المذهب لأنا لو اعتبرنا العدالة الباطنة لم تصح أنكحة العامة إلا بحضرة الحاكم لأنهم لا يعرفون شروط العدالة وفي ذلك مشقة فاكتفى بالعدالة الظاهرة كما اكتفى في الحوادث في حقهم بالتقليد حين شق عليهم إدراكها بالدليل، فإن عقد بمجهولين ثم بان أنهما كانا فاسقين لم يصح لأن حكمنا بصحته في الظاهر إذا بان خلافه حكم بإبطاله كما لو حكم الحاكم باجتهاده ثم وجد النص بخلافه، ومن أصحابنا من قال فيه قولان بناء على القولين في الحاكم إذا حكم بشهادة شاهدين ثم بان أنهما كانا فاسقين. وإن عقد بشهادة أعميين ففيه وجهان: أحدهما أنه يصح لأن الأعمى يجوز أن يكون شاهداً، والثاني لا يصح لأنه لا يعرف العاقد فهو كالأصم الذي لا يسمع لفظ العاقد. ويصح بشهادة ابني أحد الزوجين لأنه يجوز أن يثبت النكاح بشهادتهما وهو إذا جحد الزوج الآخر، وهل يصح بشهادة ابنيهما أو بشهادة ابن الزوج وابن الزوجة فيه وجهان: أحدهما يصح لأنهما من أهل الشهادة. والثاني لا يصح لأنه لا يثبت هذا النكاح بشهادتهما بحال.

فصل: وإذا اختلف الزوجان فقالت الزوجة عقدنا بشاهدين فاسقين وقال الزوج عقدنا بعدلين ففيه وجهان: أحدهما أن القول قول الزوج لأن الأصل بقاء العدالة، والثاني أن القول قول الزوجة لأن الأصل عدم النكاح، وإن تصادقا على أنهما تزاوجا بولي وشاهدين وأنكر الولي والشاهدان لم يلتفت إلى إنكارهم لأن الحق لهما دون الولي والشاهدين.

فصل: ولا يصح إلا على زوجين معينين لأن المقصود بالنكاح أعيانهما فوجب

. . . .

(١) رواه الدارمي في كتاب النكاح باب ١١.

تعيينهما، فإن كانت المنكوحة حاضرة فقال زوجتك هذه صح، وإن قال زوجتك هذه فاطمة واسمها عائشة صح لأن مع التعيين بالإشارة لا حكم للاسم فلم يؤثر الغلط فيه، وإن كانت المنكوحة غائبة فقال زوجتك ابنتي وليس له غيرها صح، وإن قال زوجتك ابنتي فاطمة وهي عائشة صح لأنه لا حكم للاسم مع التعيين بالنسب فلم يؤثر الخطأ فيه، وإن كان له اثنتان فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يعينها بالاسم أو بالصفة، وإن قال زوجتك عائشة وقبل الزوج ونويا ابنته أو قال زوجتك ابنتي وقبل الزوج ونويا الكبيرة صح لأنها تعينت النية، وإن قال زوجتك ابنتي ونوى الكبيرة وقبل الزوج ونوى الصغيرة لم يصح لأن الإيجاب في امرأة والقبول في أخرى، وإن قال زوجتك ابنتي عائشة ونوى الصغيرة وقبل الزوج ونوى الكبيرة صح النكاح في عائشة في الظاهر ولم يصح في الباطن لأن الزوج قبل في غير ما أوجب الولي.

فصل: ويستحب أن يخطب قبل العقد لما روي عن عبد الله قال: علمنا رسول الله ﷺ **خطبة الحاجة** الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله قال عبد الله ثم تصل خطبتك بثلاث آيات: ﴿اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون﴾ [آل عمران: ١٠٢] ﴿اتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا﴾ [النساء: ١] ﴿اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً﴾ [الأحزاب: ٧٠] فإن عقد من غير خطبة جاز لما روى سهل ابن سعد الساعدي أن النبي ﷺ قال للذي خطب الواهبة: «زوجتكها بما معك من القرآن» ولم يذكر الخطبة ويستحب أن يدعو لهما بعد العقد لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ **كان إذا رفأ الإنسان** إذا تزوج قال: «بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما في خير».

فصل: ولا يصح العقد إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح لأن ما سواهما من الألفاظ كالتمليك والهبة لا يأتي على معنى النكاح ولأن الشهادة شرط في النكاح، فإذا عقد بلفظ الهبة لم تقع الشهادة على النكاح، واختلف أصحابنا في نكاح النبي ﷺ بلفظ الهبة فمنهم من قال: لا يصح لأن كل لفظ لا ينعقد به نكاح غيره لم ينعقد به نكاحه كلفظ الإحلال، ومنهم من قال: يصح لأنه لما خص بهبة البضع من غير بدل خص بلفظها، وإن قال زوجني فقال زوجتك صح لأن الذي خطب الواهبة من رسول الله ﷺ قال «زوجنيها» فقال النبي ﷺ: «زوجتكها بما معك من القرآن» وإن قال زوجتك فقال قبلت ففيه قولان: أحدهما يصح لأن القبول يرجع إلى ما أوجبه الولي كما يرجع في البيع إلى ما أوجبه

قوله: **(خطبة الحاجة)** الحاجة ههنا النكاح قوله: **(كان إذا رفأ الإنسان)** أي دعا له

البائع، والثاني لا يصح لأن قوله قبلت ليس بصريح في النكاح فلم يصح به كما لو قال زوجتك فقال نعم. وإن عقد بالعجمية ففيه ثلاثة أوجه: أحدها لا يصح لقوله ﷺ: «**استحللتم فروجهن بكلمة الله**»[1] وكلمة الله بالعربية فلا تقوم العجمية مقامها كالقرآن، والثاني وهو قول أبي سعيد الإصطخري إنه إن كان يحسن بالعربية لم يصح وإن لم يحسن صح لأن ما اختص بلفظ غير معجز جاز بالعجمية عند العجز عن العربية ولم يجز عند القدرة كتكبيرة الصلاة، والثالث وهو الصحيح أنه يصح سواء أحسن بالعربية أو لم يحسن لأن لفظ النكاح بالعجمية يأتي على ما يأتي عليه لفظه بالعربية فقام مقامه، ويخالف القرآن فإن القصد منه **النظم المعجز** وذلك لا يوجد في غيره والقصد بالتكبيرة العبادة ففرق فيه بين العجز والقدرة كأفعال الصلاة والقصد بالنكاح تمليك ما يقصد بالنكاح والعجمية كالعربية في ذلك فإن فصل بين القبول والإيجاب بخطبة بأن قال الولي زوجتك وقال الزوج بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله قبلت نكاحها ففيه وجهان: أحدهما وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفرايني رحمه الله أنه يصح لأن الخلية مأمور بها للعقد فلم تمنع صحته كالتيمم بين صلاتي الجمع، والثاني لا يصح لأنه فصل بين الإيجاب والقبول فلم يصح كما لو فصل بينهما بغير الخطبة، ويخالف التيمم فإنه مأمور به بين الصلاتين والخطبة مأمور بها قبل العقد.

فصل: وإذا انعقد العقد لزم ولم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط لأن العادة في النكاح أنه يسأل عما يحتاج إليه قبل العقد فلا حاجة فيه إلى الخيار بعده، والله أعلم.

باب ما يحرم من النكاح وما لا يحرم

من ارتد عن الدين لم يصح نكاحه لأن النكاح يراد للاستمتاع ولا يوجد ذلك في نكاح المرتد، ولا يصح نكاح الخنثى المشكل لأنه إن تزوج امرأة لم يؤمن أن يكون امرأة، وإن تزوج رجلاً لم يؤمن أن يكون رجلاً، ولا يصح نكاح المحرم لما بيناه في الحج.

فصل: ويحرم على الرجل من جهة النسب: الأم والبنت والأخت والعمة والخالة وبنت الأخ وبنت الأخت لقوله عز وجل: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم

والرفاء بالمد هو الدعاء بالاتفاق وحسن الاجتماع يقال للمتزوج: بالرفاء والبنين وأصله من رفء الثوب وهو إصلاحه قوله: (**استحللتم فروجهن بكلمة الله**) هي قوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء: ٣] وقيل قوله تعالى ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ ذكره الزمخشري قوله: (**النظم المعجز**) يعني القرآن يعني معجز أن يأتي أحد بمثله. قوله:

---

(١) رواه مسلم في كتاب الحج حديث ١٤٧. أبو داود في كتاب المناسك باب ٥٦. ابن ماجه في كتاب المناسك باب ٨٤. أحمد في مسنده (٥/ ٧٣).

وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت﴾ [النساء: ٢٣] ومن حرم عليه مما ذكرناه بنسب حرم عليه بذلك النسب كل من يدلي به، وإن بعد فتحرم عليه الأم وكل من يدلي بالأمومة من الجدات من الأب والأم وإن علون وتحرم عليه البنت وكل من ينتسب إليه بالبنوة من بنات الأولاد وأولاد الأولاد وإن سفلن، وتحرم عليه الأخت من الأب والأخت من الأم والأخت من الأب والأم، وتحرم عليه العمة وكل من يدلي إليه بالعمومة من أخوات الآباء والأجداد من الأب والأم أو من الأب أو من الأم وإن علون، وتحرم عليه بنت الأخ وكل من ينتسب إليه ببنوة الأخ من بنات أولاده وأولاد أولاده وإن سفلن، وتحرم عليه بنت الأخت وكل من ينتسب إليه ببنوة الأخت من أولادها وأولاد أولادها وإن سفلن لأن الاسم يطلق على ما قرب وبعد والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى: ﴿يا بني آدم﴾ [الأعراف: ١٩] وغيرها وقوله تعالى: ﴿ملة أبيكم إبراهيم﴾ [الحج: ٧٨] وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ملة آبائي إبراهيم وإسحاق ويعقوب﴾ [يوسف: ٣٨] فأطلق عليهم اسم الآباء مع البعد وقال ﷺ لقوم من أصحابه يرمون: «إرموا فإن أباكم إسماعيل عليه السلام كان رامياً» فسمى إسماعيل أباهم مع البعد، ولأن من بعد منهم كمن قرب في الحكم والدليل عليه أن ابن الابن كالابن والجد كالأب في الميراث، والولاية والعتق بالملك ورد الشهادة، فلأن يكون كالابن والأب في التحريم ومبناه على التغليب أولى.

فصل: وتحرم عليه من جهة المصاهرة أم المرأة دخل بها أو لم يدخل لقوله تعالى: ﴿وأمهات نسائكم﴾ [النساء: ٢٣] ويحرم عليه كل من يدلي إلى امرأته بالأمومة من الجدات من الأب والأم لما بيناه في الفصل قبله، ويحرم عليه ابنة المرأة بنفس العقد تحريم جمع لأنه إذا حرم عليه الجمع بين المرأة وأختها فلأن يحرم الجمع بين المرأة وابنتها أولى، فإن بانت الأم قبل الدخول حلت له البنت وإن دخل بالأم حرمت عليه البنت على التأبيد لقوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ وتحرم عليه كل من ينتسب إلى امرأته بالبنوة من بنات أولادها وأولاد أولادها وإن سفلن، من وجد منهن ومن لم يوجد كما تحرم البنت، وتحرم عليه حليلة الابن لقوله تعالى: ﴿**وحلائل أبنائكم**﴾ [النساء: ٢٣] وتحرم عليه حليلة كل من ينتسب إليه بالبنوة من بني الأولاد وأولاد الأولاد لما بيناه وتحرم عليه حليلة الأب لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ [النساء: ٢٢] وتحرم عليه حليلة كل من يدلي إليه بالأبوة من الأجداد لما ذكرناه.

فصل: ومن حرم عليه بنكاحه أو بنكاح أبيه أو ابنه حرم عليه بوطئه أو وطء أبيه أو ابنه في ملك أو شبهة لأن الوطء معنى تصير به المرأة فراشاً فتعلق به تحريم المصاهرة

(وحلائل أبنائكم) جمع حليلة فعيلة من الحلال الذي هو ضد الحرام.

كالنكاح، ولأن الوطء في إيجاب التحريم آكد من العقد بدليل أن الربيبة تحرم بالعقد تحريم جمع وتحرم بالوطء على التأبيد، فإذا ثبت تحريم المصاهرة بالعقد، فلأن يثبت بالوطء أولى واختلف قوله في المباشرة فيما دون الفرج بشهوة في ملك أو شبهة فقال في أحد القولين هو كالوطء في التحريم لأنها مباشرة لا تستباح إلا بملك فتعلق بها تحريم المصاهرة كالوطء، والثاني لا يحرم بها ما يحرم بالوطء لقوله تعالى: ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ [النساء: ٢٣] ولأنه مباشرة لا توجب العدة فلا يتعلق بها التحريم كالمباشرة بغير شهوة، وإن تزوج امرأة ثم وطئ أمها أو بنتها أو وطئها أبوه أو ابنه بشبهة انفسخ النكاح لأنه معنى يوجب تحريماً مؤبداً فإذا طرأ على النكاح أبطله كالرضاع.

فصل: وإن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها لقوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها فقال: «لا يحرم الحرام الحلال إنما يحرم ما كان بنكاح»(١) ولا تحرم بالزنا أمها ولا ابنتها ولا تحرم هي على ابنه ولا على أبيه للآية والخبر ولأنه معنى تصير به المرأة فراشاً فلم يتعلق به تحريم المصاهرة كالمباشرة بغير شهوة، وإن لاط بغلام لم تحرم عليه أمه وابنته للآية والخبر، وإن زنى بامرأة فأتت منه ببينة فقد قال الشافعي رحمه الله: أكره أن يتزوجها، فإن تزوجها لم أفسخ فمن أصحابنا من قال: إنما كره خوفاً من أن تكون منه، فعلى هذا إن علم قطعاً أنها منه بأن أخبره النبي ﷺ في زمانه لم تحل له، ومنهم من قال: إنما كره ليخرج من الخلاف لأن أبا حنيفة يحرمها فعلى هذا لو تحقق أنها منه لم تحرم وهو الصحيح لأنها ولادة لا يتعلق به ثبوت النسب، فلم يتعلق بها التحريم كالولادة لما دون ستة أشهر من وقت الزنا. واختلف أصحبنا في المنفي باللعان فمنهم من قال: يجوز للملاعن نكاحها لأنها منفية عنه فهي كالبنت من الزنا ومنهم من قال: لا يجوز للملا عن نكاحها لأنه غير منفية عنه قطعاً ولهذا لو أقر بها ثبت النسب.

فصل: ويحرم عليه أن يجمع بين أختين في النكاح لقوله عز وجل: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ [النساء: ٢٣] ولأن الجمع بينهما يؤدي إلى العداوة وقطع الرحم، ويحرم عليه أن يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها»(٢) ولأنهما امرأتان لو كانت

. . . .

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب النكاح باب ٦٣.

(٢) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ٢٧. مسلم في كتاب النكاح حديث ٣٧ ـ ٣٩. أبو داود في كتاب النكاح باب ١٢. الترمذي في كتاب النكاح باب ٣٠. أحمد في مسنده (١/ ٧٨) (٢/ ١٧٩).

إحداهما ذكراً لم يحل له نكاح الأخرى فلم يجز الجمع بينهما في النكاح كالأختين، فإن جمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها في عقد واحد بطل نكاحهما لأنه ليست إحداهما بأولى من الأخرى فبطل نكاحهما، وإن تزوج إحداهما بعد الأخرى بطل نكاح الثانية لأنها اختصت بالتحريم، وإن تزوج إحداهما ثم طلقها فإن كان طلاقاً بائناً حلت له الأخرى لأنه لم يجمع بينهما في الفراش، وإن كان رجعياً لم تحل لأنها باقية على الفراش، وإن قال أخبرتني بانقضاء العدة، وأنكرت المرأة لم يقبل قوله في إسقاط النفقة والسكنى لأنه حق لها ويقبل قوله في جواز نكاح أختها لأن الحق لله تعالى وهو مقلد فيما بينه وبينه، فإن نكح وثني وثنية ودخل بها ثم أسلم وتزوج بأختها في عدتها لم يصح وقال المزني: النكاح موقوف على إسلامها فإن لم تسلم حتى انقضت العدة صح كما يقف نكاحها على إسلامها وهذا خطأ لأنها جارية إلى بينونة فلم يصح نكاح أختها كالرجعية ويخالف هذا نكاحها، فإن الموقوف هناك الحل والنكاح يجوز أن يقف حله ولا يقف عقده، ولهذا يقف حل نكاح المرتدة على انقضاء العدة ولا يقف نكاحها على الإسلام ويقف حل نكاح الرجعية على العدة ولا يقف نكاح أختها على لعدة.

فصل: ومن حرم عليه نكاح امرأة بالنسب له أو بالمصاهرة أو بالجمع حرم عليه وطؤها بملك اليمين لأنه إذا حرم النكاح، فلأن يحرم الوطء وهو المقصود أولى، وإن ملك أختين فوطئ إحداهما حرمت عليه الأخرى حتى تحرم الموطوءة ببيع أو عتق أو كتابة أو نكاح، فإن خالف ووطئها لم يعد إلى وطئها حتى تحرم الأولى، والمستحب أن لا يطأ الأولى حتى يستبرئ الثانية حتى لا يكون جامعاً للماء في رحم أختين، وإن تزوج امرأة ثم ملك أختها لم تحل له المملوكة لأن أختها على فراشه، وإن وطئ مملوكة ثم تزوج أختها حرمت المملوكة وحلت المنكوحة لأن فراش المنكوحة أقوى لأنه يملك به حقوق لا تملك بفراش المملوكة من الطلاق والظهار والإيلاء واللعان، فثبت الأقوى وسقط الأضعف كملك اليمين لما ملك به ما لا يملك بالنكاح من الرقبة والمنفعة إذا طرأ على النكاح ثبت وسقط النكاح.

فصل: وما حرم من النكاح والوطء بالقرابة حرم بالرضاع لقوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ [النساء: ٢٣] فنص على الأم والأخت وقسنا

. . . .

عليهما من سواهما، وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة»(١).

فصل: ومن حرم عليه نكاح امرأة على التأبيد برضاع أو نكاح أو وطء مباح صار لها محرماً في جواز النظر والخلوة لأنها محرمة عليه على التأبيد بسبب غير محرم فصار محرماً لها كالأم والبنت، ومن حرمت عليه بوطء شبهة لم يصر محرماً لها لأنها حرمت عليه بسبب غير مباح، ولم تلحق بذوات المحارم والأنساب.

فصل: ويحرم على المسلم أن يتزوج ممن لا كتاب له من الكفار كعبدة الأوثان ومن ارتد عن الإسلام لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾ [البقرة: ٢١١] ويحرم عليه أن يطأ إماءهم بملك اليمين لأن كل صنف حرم وطء حرائرهم بعقد النكاح حرم وطء إمائهم بملك اليمين كالأخوات والعمات، ويحل له نكاح حرائر أهل الكتاب وهم اليهود والنصارى ومن دخل في دينهم قبل التبديل لقوله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ [المائدة: ٥] ولأن الصحابة رضي الله عنهم تزوجوا من أهل الذمة، فتزوج عثمان رضي الله عنه نائلة بنت الفرافصة الكلبية وهي نصرانية وأسلمت عنده، وتزوج حذيفة رضي الله عنه بيهودية من أهل المدائن وسئل جابر رضي الله عنه عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية فقال: تزوجنا بهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص، ويحل له وطء إمائهم بملك اليمين لأن كل جنس حل نكاح حرائرهم حل وطء إمائهم كالمسلمين، ويكره أن يتزوج حرائرهم وأن يطأ إماءهم بملك اليمين لأنا لا نأمن أن يميل إليها **فتفتنه** عن الدين أو يتولى أهل دينها، فإن كانت حربية فالكراهية أشد لأنه لا يؤمن ما ذكرناه، ولأنه يكثر سواد أهل الحرب ولأنه لا يؤمن أن يسبي ولده منها فيسترق.

فصل: وأما غير اليهود والنصارى من أهل الكتاب كمن يؤمن بزبور داود عليه السلام وصحف شيث، فلا يحل للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا أن يطأ إماءهم بملك اليمين لأنه قيل إن ما معهم ليس من كلام الله عز وجل، وإنما هو شيء نزل به جبريل عليه السلام كالأحكام التي نزل بها على النبي ﷺ من غير القرآن، وقيل إن الذي معهم ليس بأحكام وإنما هي مواعظ والدليل عليه قوله تعالى: ﴿إنما أنزل الكتاب على طائفتين

قوله: **(فتفتنه)** الفتنة هي الإضلال عن الحق إلى الباطل. والفاتن المضل عن حق.

---

(١) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ٢٠، ٢٧. مسلم في كتاب الرضاع حديث ١، ٢، ٩. أبو داود في كتاب النكاح باب ٦. ابن ماجه في كتاب النكاح باب ٣٤. الموطأ في كتاب الرضاع حديث ١، ٢، ١٦.

من قبلنا﴾ [الأنعام: ١٥٦] ومن دخل في دين اليهود والنصارى **بعد التبديل** لا يجوز للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا أن يطأ إماءهم بملك اليمين لأنهم دخلوا في دين باطل فهم كمن ارتد من المسلمين، ومن دخل فيهم ولا يعلم أنهم دخلوا قبل التبديل أو بعده كنصارى العرب وهم تنوخ وبنو تغلب وبهراء لم يحل نكاح حرائرهم ولا وطء إمائهم بملك اليمين لأن الأصل في الفروج الحظر فلا تستباح مع الشك.

فصل: واختلف أصحابنا في السامرة والصابئين فقال أبو إسحاق: السامرة من اليهود والصابئون من النصارى، واستفتى القاهر أبا سعيد الإصطخري في الصابئين فأفتى بقتلهم لأنهم **يعتقدون أن الكواكب السبعة مدبرة** والمذهب أنهم إن وافقوا اليهود والنصارى في أصول الدين من تصديق الرسل والإيمان بالكتب كانوا منهم، وإن خالفوهم في أصول الدين لم يكونوا منهم وكان حكمهم حكم عبدة الأوثان، واختلفوا في المجوس فقال أبو ثور: يحل نكاحهم لأنهم يقرون على دينهم بالجزية كاليهود والنصارى وقال أبو إسحاق: إن قلنا إنهم كان لهم كتاب حل نكاح حرائرهم ووطء إمائهم والمذهب أنه لا يحل لأنهم غير متمسكين بكتاب فهم كعبدة الأوثان، وأما **حقن الدم** فلأن لهم شبهة كتاب والشبهة في الدم تقتضي الحقن وفي البضع تقتضي الحظر، وأما ما قال أبو إسحاق فلا يصح لأنه لو جاز نكاحهم على هذا القول لجاز قتلهم على القول الآخر.

فصل: ويحرم عليه نكاح من ولد بين وثني وكتابية لأن الولد من قبيلة الأب ولهذا ينسب إليه ويشرف بشرفه فكان حكمه في النكاح حكمه، ومن ولد بين كتابي ووثنية ففيه قولان: أحدهما أنها لا تحرم عليه لأنها من قبيلة الأب والأب من أهل الكتاب، والثاني أنها تحرم لأنه لم تتمحض كتابية فأشبهت المجوسية.

فصل: ولا يحل له نكاح الأمة الكتابية لقوله تعالى: ﴿**ومن لم يستطع منكم طولاً** أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾ [النساء: ٢٥]

وفتنته المرأة إذا ألهته. والفتنة أيضاً الابتلاء والاختبار قوله: **(يؤمن بزبور داود عليه السلام)** أصل الزبور الكتاب. زبر أي كتب قوله: **(بعد التبديل)** معناه أنهم جعلوا بدل الحرام حلالاً وبدل الحلال حراماً وبدلوا صفة النبي ﷺ على غير ما نزلت من عند الله قوله: **(يعتقدون أن الكواكب السبعة مدبرة)** هي الشمس والقمر والمشتري وزحل والمريخ وزهرة وعطارد. ومدبرة أي تدبر الخلق في معاشهم وفقرهم وغناهم ويقال الوزير يدبر الملك أي ينظر في أمر مصلحته. والتدبر هو التفكر في عواقب الأمور وذلك رأى المنجمين وكذبوا إنما ذلك إلى الله تعالى قوله: **(حقن الدم)** حقنت دمه منعت أن يسفك. وأصله من حقنت اللبن أحقنه بالضم إذا جمعته في السقار وصببت حليبه على رائبه. واسم هذا اللبن الحقين قوله: **(ومن لم يستطع منكم طولاً)** الطول الفضل والبسطة والمقدرة على المال. والطول أيضاً المن تطول

ولأنها إن كانت لكافر استرق ولده منها وإن كانت لمسلم لم يؤمن أن يبيعها من كافر فيسترق ولده منها، وأما الأمة المسلمة فإنه إن كان الزوج حراً نظرت، فإن لم يخش العنت وهو الزنا لم يحل له نكاحها لقوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾ إلى قوله عز وجل ﴿ذلك **لمن خشي العنت** منكم﴾ [النساء: ٢٥] فدل على أنها لا تحل لمن لم يخش العنت، وإن خشي العنت ولم تكن عنده حرة ولا يجد طولاً وهو ما يتزوج به حرة ولا ما يشتري به أمة جاز له نكاحها للآية، وإن وجد ما يتزوج به حرة مسلمة لم يحل له نكاح الأمة لقوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٢٥] فدل على أنه إذا استطاع ما ينكح به محصنة مؤمنة أنه لا ينكح الأمة، وإن وجد ما يتزوج به حرة كتابية أو يشتري به أمة ففيه وجهان: أحدهما يجوز لقوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم﴾ وهذا غير مستطيع أن ينكح **المحصنات** المؤمنات، والثاني لا يجوز وهو الصحيح لقوله تعالى: ﴿ذلك لمن خشي العنت منكم﴾ وهذ لا **يخشى العنت**، وإن كانت عنده حرة لا يقدر على وطئها لصغر أو لرتق أو لضنى من مرض ففيه وجهان: أحدهما يحل له نكاح الأمة لأنه يخشى العنت، والثاني لا يحل لأن تحته حرة فلا يحل له نكاح الأمة والصحيح هو الأول، فإن لم تكن عنده حرة ولم يقدر على طول حرة وخشي العنت فتزوج أمة ثم تزوج حرة أو وجد طول حرة أو أمن العنت لم يبطل نكاح الأمة، وقال المزني: إذا وجد صداق حرة بطل نكاح الأمة لأن شرط الإباحة قد زال وهذا خطأ لأن زوال الشرط بعد العقد لا حكم له كما لو أمن العنت بغد العقد، وإن كان الزوج عبداً حل له نكاح الأمة، وإن وجد صداق حرة ولم يخف العنت لأنها مساوية له فلم يقف نكاحها على خوف العنت وعدم صداق الحرة كالحرة في حق الحر.

فصل: ويحرم على العبد نكاح مولاته لأن أحكام الملك والنكاح تتناقض، فإن

على أي من قوله: (**المحصنات**) هن ههنا الحرائر. والمحصنات أيضاً المزوجات. والمحصنات العفائف. أحصنت المرأة عفت عن الزنا. وكل امرأة عفيفة فهي محصنة ومحصنة. وكل امرأة مزوجة محصنة بالفتح لا غير ولعله مأخوذ من الحصن وهو الموضع يمتنع فيه من العدو كأنها منعت نفسها من البغي وهو الزنا الذي تقدم عليه الأمة الفاجرة يقال مدينة حصينة أي ممنوعة، ودرع حصينة لا يعمل فيها السلاح قوله: (**لمن خشي العنت**) أي يخاف الزنا والعنت أيضاً المشقة قال تعالى: ﴿عزيز عليه ما عنتم﴾ ﴿ودوا ما عنتم﴾ كأنه تلحقه المشقة بترك النكاح والعنة في اللغة المشقة الشديدة يقال أكمة عنوت إذا كانت شاقة

المرأة بحكم الملك تطالبه بالسفر إلى المشرق والعبد بحكم النكاح يطالبها بالسفر إلى المغرب، والمرأة بحكم النكاح تطالبه بالنفقة والعبد بحكم الملك يطالبها بالنفقة، وإن تزوج العبد حرة ثم اشترته انفسخ النكاح لأن ملك اليمين أقوى لأنه يملك به الرقبة والمنفعة، فأسقط النكاح ويحرم على المولى أن يتزوج أمته لأن النكاح يوجب للمرأة حقوقاً يمنع منها ملك اليمين فبطل، وإن تزوج جارية ثم ملكها انفسخ النكاح لما ذكرناه في العبد إذا تزوج حرة ثم اشترته.

فصل: ويحرم على الأب نكاح جارية ابنه لأن له فيها شبهة تسقط الحد بوطئها، فلم يحل له نكاحها كالجارية المشتركة بينه وبين غيره، فإن تزوج جارية أجنبي ثم ملكها ابنه ففيه وجهان: أحدهما أنه يبطل النكاح لأن ملك الابن كملكه في إسقاط الحد وحرمة الإستيلاد فكان كملكه في إبطال النكاح، والثاني لا يبطل لأنه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل النكاح.

فصل: ولا يجوز نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى: ﴿ولا تعزموا **عقدة النكاح** حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ [البقرة: ٢٣٥] ولأن العدة وجبت لحفظ النسب لو جوزنا فيها النكاح اختلط النسب وبطل المقصود، ويكره نكاح **المرتابة بالحمل** بعد انقضاء العدة لأنه لا يؤمن أن تكون حاملاً من غيره، فإن تزوجها ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي العباس أن النكاح باطل لأنها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها كما لو حدثت الريبة قبل انقضاء العدة، والثاني وهو قول أبي سعيد وأبي إسحاق أنه يصح وهو الصحيح لأنها ريبة حدثت بعد انقضاء العدة فلم تمنع صحة العقد كما لو حدثت بعد النكاح، ويجوز نكاح الحامل من الزنا لأن حملها لا يلحق بأحد فكان وجوده كعدمه.

فصل: ويحرم على الحر أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة لقوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء **مثنى وثلاث ورباع**﴾ [النساء: ٣] وروى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة فقال له النبي ﷺ: «خذ منهن أربعاً» ويحرم على العبد أن يجمع بين أكثر من امرأتين. وقال أبو ثور: يحل له أن يجمع بين

قاله الأزهري وقال المبرد العنت ههنا الهلاك لأن الشهوة تحمله على الزنا فيهلك بالحد، وقال الجوهري: هو الفجور ههنا قوله: **(عقدة النكاح)** وعقده هو إحكامه وإثباته مأخوذ من عقد الحبل وهو ربطه حتى يبلغ الكتاب أجله الأجل مدة الشيء التي ينتهي إليها كأجل الدين وأجل الموت قوله: **(المرتابة بالحمل)** هي الشاكة والريب والريبة هي الشك لا ريب فيه لا شك قوله: **(مثنى وثلاث ورباع)** كل هذا لفظ معدول عن اثنتين وثلاث وأربع منهم من يقيس عليه إلى العشرة ومنهم من يمنع ذلك يقال ثناء وثلاث ورباع ومثنى ومثلث ومربع وقد يغاير

أربع وهذا خطأ، لما روي أن عمر رضي الله عنه خطب وقال: من يعلم ماذا يحل للمملوك من النساء فقال رجل: أنا. فقال: كم؟ قال: ثنتان، فسكت عمر وروي ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما.

فصل: ولا يجوز نكاح الشغار وهو أن يتزوج الرجل ابنته أو أخته من رجل على أن يزوجه ذلك ابنته أو أخته، ويكون بضع كل واحدة منهما صداقاً للأخرى لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته من رجلين، فأما إذا قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك صح النكاحان، لأنه لم يحصل التشريك في البضع وإنما حصل الفساد في الصداق، وهو أنه جعل الصداق أن يزوجه ابنته فبطل الصداق وصح النكاح. وإن قال زوجتك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة صح النكاحان ووجب مهر المثل لأن الفساد في الصداق، وهو شرطه مع المائة تزويج ابنته فأشبه المسألة قبلها. وإن قال زوجتك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة ويكون بضع كل واحدة منهما صداقاً للأخرى ففيه وجهان: أحدهما يصح لأن الشغار هو الخالي من الصداق وههنا لم يخل من الصداق، والثاني لا يصح وهو المذهب لأن المبطل هو التشريك في البضع وقد اشترك في البضع.

فصل: ولا يجوز نكاح المتعة وهو أن يقول زوجتك ابنتي يوماً أو شهراً لما روى محمد بن علي رضي الله عنهما أنه سمع أباه عليّ بن أبي طالب كرم الله وجهه وقد لقي ابن عباس وبلغه أنه يرخص في متعة النساء فقال له علي كرم الله وجهه: إنك امرؤ تائه إن رسول الله ﷺ نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم **الحمر الإنسية**، لأنه عقد يجوز مطلقاً فلم

بين ألفاظها كما جاء به القرآن قوله: **(ولا يجوز نكاح الشغار)** أصله من شغر الكلب إذا رفع إحدى رجليه عند البول لأن كل واحد منهما يشغر إذا نكح ومعناه لا ترفع رجل ابنتي ما لم أرفع رجل ابنتك وقال في الفائق: هو من قولهم شغرت بني فلان من الباب إذا أخرجتهم قال:

ونحن شغرنا ابني نزار كليهما وكلبا بطعن مرهب متقارب

ومنه قولهم تفرقوا شغر بغر لأنهما إذا تبدلاً بأختيهما فقد أخرج كل واحد منهما أخته إلى صاحبه وفارق بها إليه. وقيل سمي شغاراً لخلوه عن المهر من قولهم شغر البلد إذا خلى عن أهله. وقال في الشامل وقيل سمي شغاراً لقبحه تشبيهاً برفع الكلب رجله ليبول قوله: **(نكاح المتعة)** أصله من المتاع وهو ما يبتلغ به إلى حين. والتمتع أيضاً الانتفاع بالشيء كأنه ينتفع صاحبه ويتبلغ بنكاحها إلى الوقت الذي وقته قوله: **(إنك امرؤ تائه)** أي متحير عن الحق يقال تاهت السفينة عن بلد كذا أي تحيرت عن المقصد فلم تهتد له. ويقال تاه في الأرض إذا ذهب متحيراً قال الله تعالى: ﴿يتيهون في الأرض﴾ ويقال أيضاً تاه يتيه إذا تكبر قوله: **(الحمر**

يصح مؤقتاً كالبيع، ولأنه نكاح لا يتعلق به الطلاق والظهار والإرث وعدة الوفاة، فكان باطلاً كسائر الأنكحة الباطلة.

فصل: ولا يجوز نكاح المحلل وهو أن ينكحها على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما وأن يتزوجها على أن يحللها للزوج الأول لما روى هزيل عن عبد الله قال: لعن رسول الله ﷺ **الواصلة والموصولة** والواشمة والموشومة والمحلل والمحلل له وآكل الربا ومطعمه. ولأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته فشابه نكاح المتعة. وإن تزوجها على أنه إذا وطئها طلقها ففيه قولان أحدهما: أنه باطل لما ذكرناه من العلة، والثاني أنه يصح لأن النكاح مطلق، وإنما شرط قطعه بالطلاق فبطل الشرط وصح العقد فإن تزوجها واعتقد أنه يطلقها إذا وطئها كره ذلك لما روى أبو مرزوق التجيبي أن رجلاً أتى عثمان رضي الله عنه فقال: إن جاري طلق امرأته في غضبه ولقي شدة **فأردت أن أحتسب نفسي ومالي** فأتزوجها **ثم أبني بها** ثم أطلقها فترجع إلى زوجها الأول، فقال له عثمان رضي الله عنه لا تنكحها إلا بنكاح رغبة، فإن تزوج على هذه النية صح النكاح لأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد ولهذ لو اشترى عبداً بشرط أن لا يبيعه بطل ولو اشتراه بنية أن لا يبيعه لم يبطل.

فصل: وإن تزوج بشرط الخيار بطل العقد لأنه عقد يبطله التوقيت فبطل بالخيار الباطل كالبيع، وإن شرط أن لا يتسرى عليها أو لا ينقلها من بلدها بطل الشرط لأنه يخالف مقتضى العقد، ولا يبطل العقد لأنه لا يمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع فإن شرط أن لا يطأها ليلاً بطل الشرط لقوله ﷺ: «المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[1] فإن كان الشرط من جهة المرأة بطل العقد، وإن كان من جهة الزوج لم يبطل لأن الزوج يملك الوطء ليلاً ونهاراً وله أن يترك، فإذا شرط أن لا يطأها فقد شرط ترك ماله تركه والمرأة يستحق عليها الوطء ليلاً ونهاراً فإذا شرطت أن لا يطأها فقد شرطت منع الزوج من حقه وذلك ينافي مقصود العقد فبطل.

الإنسية) بفتح النون ضد الوحشية منسوبة إلى الأنس بالتحريك وهم الحي المقيمون. والأنس أيضاً لغة في الأنس قوله: **(الواصلة والموصولة)** هي التي تصل شعرها بشعر آخر. والواشمة والموشومة أن تغرز إبرة في شيء من البدن في اليد أو الرجل أو الوجه ثم يذر عليه النئور، فيندمل وقد صار موشوماً أسود. قوله: **(فأردت أن أحتسب نفسي ومالي)** أي أطلب به أجراً عند الله. والاسم الحسبة بالكسر وهو الأجر والجمع الحسب قوله: **(ثم أبني بها)** أي أطؤها.

---

(١) رواه أبوداود في كتاب الأقضية باب ١٢ .الترمذي في كتاب الأحكام باب١٧، ابن ماجة في كتاب الأحكام باب ٢٣.

فصل: ويجوز **التعريض بخطبة المعتدة** عن الوفاة والطلاق الثلاث لقوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾ [البقرة: ٢٣٥] ولما روت فاطمة بنت قيس أن أبا حفص بن عمرو طلقها ثلاثاً فأرسل إليها النبي ﷺ لا تسبقيني بنفسك فزوجها بأسامة رضي الله عنه. ويحرم التصريح بالخطبة لأنه لما أباح التعريض دل على أن التصريح محرم، ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص على النكاح فتخبر بانقضاء العدة، والتعريض يحتمل غير النكاح فلا يدعوها إلى الأخبار بانقضاء العدة، وإن خالعها زوجها فاعتدت لم يحرم على الزوج التصريح بخطبتها لأنه يجوز له نكاحها فهو معها كالأجنبي مع الأجنبية في غير العدة، ويحرم على غيره التصريح بخطبتها لأنها محرمة عليه. وهل يحرم التعريض فيه قولان: أحدهما يحرم لأن الزوج يملك أن يستبيحها في العدة فلم يجز لغيره التعريض بخطبتها كالرجعية، والثاني لا يحرم لأنها معتدة بائن فلم يحرم التعريض بخطبتها كالمطلقة ثلاثاً والمتوفى عنها زوجها والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة فيما يحل وفيما يحرم لأن الخطبة للعقد فلا يجوز أن يختلفا في تحليله وتحريمه والتصريح أن يقول إذا انقضت عدتك تزوجتك أو ما أشبهه، والتعريض أن يقول رب راغب فيك، وقال الأزهري: أنت جميلة وأنت مرغوب فيك، وقال مجاهد: مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة فقال لها رجل لا تسبقينا بنفسك فقال: قد سبقك غيرك. ويكره التعريض بالجماع لقوله تعالى: ﴿ولكن لا تواعدوهن سراً﴾ [البقرة: ٢٣٥] وفسر الشافعي رحمه الله السر بالجماع فسماه سراً لأنه يفعل سراً وأنشد فيه قول امرئ القيس:

ألا زعمت بسباسة اليوم أنني ... كبرت وأن لا يحس السر أمثالي

ولأن ذكر الجماع **دناءة وسخف**.

فصل: ومن خطب امرأة فصرح له بالإجابة حرم على غيره خطبتها إلا أن يأذن فيه الأول لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب الأول أو يأذن له فيخطب، وإن لم يصرح له بالإجابة ولم يعرض له لم يحرم على غيره لما روي أن فاطمة بنت قيس قالت لرسول الله ﷺ: إن

وأصله أن من تزوج بنى بيتاً في العادة فكنى عن الوطء بالبناء. ويقال بنى الرجل بامرأته إذا وطئها قوله: (**التعريض بخطبة المعتدة**) هو ضد التصريح وهو التورية بالشيء. فيقال: عرضت بفلان ولفلان إذا قلت قولاً وأنت تعنيه وأصله من عرض الشيء وهو جانبه يقال: اضرب به عرض الحائط كأنه يحوم حوله ولا يظهره قوله: (**دناءة وسخف**) الدناءة فعل الشيء الدنيء وهو الخسيس الذي يلام على فعله يقال: دنا الرجل يدنأ دناءة أي تسفل في فعله.

معاوية وأبا الجهم خطباني فقال رسول الله ﷺ: «أما أبو الجهم **فلا يضع العصا عن عاتقه** وأما معاوية **فصعلوك لا مال له**»[١] فانكحي أسامة وإن عرض له بالإجابة ففيه قولان قال في القديم: تحرم خطبتها لحديث ابن عمر رضي الله عنه ولأن فيه إفساد المتقارب بينهما، وقال في الجديد: لا تحرم لأنه لم يصرح له بالإجابة فأشبه إذا سكت عنه، فإن خطب على خطبة أخيه في الموضع الذي لا يجوز فتزوجها صح النكاح لأن المحرم سبق العقد فلم يفسد به العقد وبالله التوفيق.

باب الخيار في النكاح والرد بالعيب

إذا وجد الرجل امرأته مجنونة أو مجذومة أو برصاء أو **رتقاء** وهي التي انسد فرجها أو قرناء وهي التي في فرجها لحم يمنع الجماع ثبت له الخيار، وإن وجدت المرأة زوجها مجنوناً أو مجذوماً أو أبرص أو مجبوباً أو عنيناً ثبت لها الخيار لما روى زيد بن كعب بن عجرة قال: تزوج رسول الله ﷺ امرأة من بني غفار، **فرأى بكشحها بياضاً** فقال لها النبي ﷺ: «البسي ثيابك والحقي بأهلك» فثبت الرد بالبرص بالخبر وثبت في سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص لأنها في معناه في منع الاستمتاع. إن وجد أحدهما الآخر وله فرج الرجال وفرج النساء ففيه قولان: أحدهما يثبت له الخيار **لأن النفس تعاف** عن مباشرته فهو كالأبرص، والثاني لا خيار له لأنه يمكنه الاستمتاع به. وإن وجدت المرأة زوجها خصياً ففيه قولان: أحدهما لها الخيار لأن النفس تعافه، والثاني لا خيار لها لأنها تقدر على الاستمتاع به، وإن وجد أحدهما بالآخر عيباً وبه مثله بأن وجده أبرص وهو أبرص

والسخف رقة العقل وقد سخف الرجل بالضم سخافة فهو سخيف قوله: **(لا يضع العصا عن عاتقه)** العاتق موضع الرداء منن المنكب يذكر ويؤنث ومعناه أن غالب أحواله حمل العصا، فإنه قد ينام فيضعها ويصلي فيضعها قوله: **(فصعلوك لا مال له)** قد ذكر الصعلوك وأنه الفقير قوله: **(رتقاء)** مفسر في الكتاب وأصل الرتق الفتق وارتتق أي التأم ومنه قوله: ﴿كانتا رتقاً ففتقناهما﴾ [الأنبياء: ٣٠]. والرتق بالتحريك مصدر قولك امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك منها. والقرن بسكون الراء العفلة الصغيرة في الفرج. وفي الحديث اختصم شريح في جارية بها قرن فقال: أقعدوها، فإن أصاب الأرض فهو عيب وإن لم يصب الأرض فليس بعيب. والعفل والعفلة بالتحريك فيهما شيء يخرج من قبل السماء وحياً الناقة شبيه بالأدرة التي للرجال والمرأة عفلاء قوله: **(فرأى بكشحها بياضاً)** الكشح الجنب وهو ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف قوله: **(لأن النفس تعاف)** أي تكره. عاف الطعام والشراب

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الطلاق باب ٣٩. النسائي في كتاب النكاح باب ٢٢. الموطأ في كتاب الطلاق حديث ٦٧.

ففيه وجهان: أحدهما له الخيار لأن النفس تعاف من عيب غيرها وإن كان بها مثله. والثاني لا خيار له لأنهما متساويان في النقص فلم يثبت لهما الخيار كما لو تزوج عبد بأمة وإن حدث بعد العقد عيب يثبت به الخيار، فإن كان بالزوج ثبت لها الخيار لأن ما ثبت به الخيار إذا كان موجوداً حال العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعد العقد كالإعسار بالمهر والنفقة، وإن كان بالزوجة ففيه قولان: أحدهما يثبت به الخيار وهو قوله في الجديد وهو الصحيح لأن ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعده كالعيب في الزوج، والثاني وهو قوله في القديم إنه لا خيار له لأنه يملك أن يطلقها.

فصل: والخيار في هذه العيوب على الفور لأنه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور كخيار العيب في البيع ولا يجوز الفسخ إلا عند الحاكم لأنه مختلف فيه.

فصل: وإن فسخ قبل الدخول سقط المهر لأنه إن كانت المرأة فسخت كانت الفرقة من جهتها فسقط مهرها، وإن كان الرجل هو الذي فسخ إلا أنه فسخ لمعنى من جهة المرأة وهو التدنيس بالعيب فصار كأنها اختارت الفسخ، وإن كان الفسخ بعد الدخول سقط المسمى ووجب مهر المثل لأنه يستند الفسخ إلى سبب قبل العقد فيصير الوطء كالحاصل في نكاح فاسد فوجب مهر المثل. وهل يرجع به على من غره فيه قولان: قال في القديم يرجع لأنه غره حتى دخل في العقد، وقال في الجديد: لا يرجع لأنه حصل له في مقابلته الوطء. فإن قلنا يرجع، فإن كان الرجوع على الولي رجع بجميعه، وإن كان على المرأة ففيه وجهان: أحدهما يرجع بجميعه كالولي، والثاني يبقي منه شيئاً حتى لا يعري الوطء عن بدل وإن طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب لم يرجع بالنصف لأنه رضي بإزالة الملك والتزام نصف المهر فلم يرجع به.

فصل: ولا يجوز لولي المرأة الحرة ولا لسيد الأمة ولا لولي الطفل تزويج المولى عليه ممن به هذه العيوب لأن في ذلك إضراراً بالمولى عليه، فإن خالف وزوج فعلى ما ذكرناه فيمن زوج المرأة من غير كفء، وإن دعت المرأة الولي أن يزوجها بمجنون لم يلزمه تزويجها لأن عليه في ذلك عاراً، وإن دعت إلى نكاح مجبوب أو **عنين** لم يكن له أن يمتنع لأنه لا ضرر عليه في ذلك، وإن دعت إلى نكاح مجذوم أو أبرص ففيه وجهان:

يعافه إذا كرهه فلم يشربه. قوله: **(عنين)** هو الذي لا يشتهي النساء. يقال رجل عنين بين العنة وامرأة عنينة لا تشتهي الرجال وهو فعيل بمعنى مفعول مثل جريح. والاسم منه العنة وعن الرجل من امرأته إذا حكم عليه القاضي بذلك أو منع عنها بالسحر. مشتق من عن الشيء إذا اعترض كأنه يعترض عن يمين الفرج ويساره ولا يصيبه. وقيل مشتق من العنان شبه به في لينه ورخاوته. والمجبوب وهو المقطوع الذكر والأنثيين والجب القطع ومنه «الإسلام

أحدهما له أن يمتنع لأن عليه في ذلك عاراً، والثاني ليس له أن يمتنع لأن الضرر عليها دونه.

فصل: وإن حدث العيب بالزوج ورضيت به المرأة لم يجبرها الولي على الفسخ لأن حق الولي في ابتداء العقد دون الاستدامة ولهذا لو دعت المرأة إلى نكاح عبد كان للولي أن يمتنع، ولو أعتقت تحت عبد فاختارت المقام معه لم يكن للولي إجبارها على الفسخ.

فصل: إذا ادعت المرأة على الزوج أنه عنين وأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه، فإن نكل ردت اليمين على المرأة. وقال أبو سعيد الإصطخري: يقضي عليه بنكوله ولا تحلف المرأة لأنه أمر لا تعلمه والمذهب الأول لأنه حق نكل فيه المدعى عليه عن اليمين فردت على المدعي كسائر الحقوق وقوله إنها لا تعلمه يبطل باليمين في كناية الطلاق وكناية القذف، فإذا حلفت المرأة أو اعترف الزوج أجله الحاكم سنة لما روى سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه قضى في العنين أن يؤجل سنة، وعن علي عليه السلام وعبد الله والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم نحوه، ولأن العجز عن الوطء قد يكون بالتعنين وقد يكون لعارض من حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة، فإذا مضت عليه **الفصول الأربعة** واختلفت عليه **الأهوية** ولم يزل دل على أنه خلقة ولا تثبت المدة إلا بالحاكم لأنه يختلف فيها بخلاف مدة الإيلاء، فإن جامعها في الفرج سقطت المدة وأدناه أن يغيب الحشفة في الفرج لأن أحكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه، فإن كان بعض الذكر مقطوعاً لم يخرج من التعنين إلا بتغييب جميع ما بقي، ومن أصحابنا من قال إذا غيب من الباقي بقدر الحشفة خرج من حكم التعنين لأن الباقي قائم مقام الذكر والمذهب الأول لأنه إذا كان الذكر سليماً فهناك حد يمكن اعتباره وهو الحشفة، وإذا كان مقطوعاً فليس هناك حد يمكن اعتباره فاعتبر الجميع. وإن وطئها في الدبر لم يخرج من حكم التعنين لأنه ليس بمحل للوطء ولهذا لا يحصل به الإحلال للزوج الأول، وإن وطئ في الفرج وهي حائض سقطت المدة لأنه محل للوطء، وإن ادعى أنه وطئها فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه لأنه لا يمكن إثباته بالبينة، وإن كانت بكراً فالقول قولها لأن الظاهر أنه لم يطأها، فإن قال الزوج وطئت ولكن عادت البكارة حلفت لجواز أن يكون قد ذهبت البكارة ثم عادت.

يجب ما قبله». والخصي مقطوع البيضتين مع بقاء الذكر. والمسلول منزوع البيضتين من سل الشيء إذا استخرجه برفق قوله: **(الفصول الأربعة)** هي الشتاء والربيع والصيف والخريف. سميت بذلك لانفصال كل واحد منها عن صاحبه. والفصل القطع من المفصل. فصلت الشيء إذا قطعته فانقطع قوله: **(الأهوية)** جمع هواء وهو الحر والبرد والاعتدال. والحشفة ما

فصل: وإن اختارت المقام معه قبل انقضاء الأجل ففيه وجهان: أحدهما يسقط خيارها لأنها رضيت بالعيب مع العلم، والثاني لا يسقط خيارها لأنه إسقاط حق قبل ثبوته فلم يصح كالعفو عن الشفعة قبل البيع، وإن اختارت المقام بعد انقضاء الأجل سقط حقها لأنه إسقاط حق بعد ثبوته، وإن أرادت بعد ذلك أن ترجع وتطالب بالفسخ لم يكن لها لأنه خيار ثبت بعيب وقد أسقطته فلم يجز أن ترجع فيه، فإن لم يجامعها حتى انقضى الأجل وطالبت بالفرقة فرق الحاكم بينهما لأنه مختلف فيه وتكون الفرقة فسخاً لأنه فرقة لا تقف على إيقاع الزوج ولا من ينوب عنه فكانت فسخاً كفرقة الرضاع، وإن تزوج امرأة ووطئها ثم عن منها لم تضرب المدة لأن القدرة يقين فلا تترك بالاجتهاد.

فصل: وإن وجدت المرأة زوجها مجبوباً ثبت لها الخيار في الحال لأن عجزه متحقق، فإن كان بعضه مجبوباً وبقي ما يمكن الجماع به فقالت المرأة لا يتمكن من الجماع به، وقال الزوج أتمكن ففيه وجهان: أحدهما أن القول قوله لأن له ما يمكن الجماع بمثله فقبل قوله كما لو اختلفا وله ذكر قصير، والثاني وهو قول أبي إسحاق أن القول قول المرأة لأن الظاهر معها، فإن الذكر إذا قطع بعضه ضعف، وإن اختلفا في القدر الباقي هل يمكن الجماع به، فالقول قول المرأة لأن الأصل عدم الإمكان.

فصل: إذا تزوجت امرأة رجلاً على أنه على صفة، فخرج بخلافها أو على نسب فخرج بخلافه ففيه وجهان: أحدهما أن العقد باطل لأن الصفة مقصودة كالعين ثم اختلاف العين يبطل العقد فكذلك اختلاف الصفة ولأنها لم ترض بنكاح هذا الزوج فلم يصح كما لو أذنت في نكاح رجل على صفة فزوجت ممن هو على غير تلك الصفة، والقول الثاني أنه يصح العقد وهو الصحيح لأن ما لا يفتقر العقد إلى ذكره إذا ذكره، وخرج بخلافه لم يبطل العقد كالمهر فعلى هذا إن خرج أعلى من المشروط لم يثبت الخيار لأن الخيار يثبت للنقصان لا للزيادة، فإن خرج دونها، فإن كان عليها في ذلك نقص بأن شرط أنه حر، فخرج عبداً أو أنه جميل، فخرج قبيحاً أو أنه عربي فخرج عجمياً ثبت لها الخيار لأنه نقص لم ترض به، وإن لم يكن عليها نقص بأن شرطت أنه عربي **فخرج عجمياً** وهي عجمية ففيه وجهان: أحدهما لها الخيار لأنها ما رضيت أن يكون مثلها، والثاني لا خيار لها لأنها لا نقص عليها في حق ولا كفاءة.

فصل: وإن كان الغرر من جهة المرأة نظرت؛ فإن تزوجها على أنها حرة فكانت أمة وهو ممن يحل له نكاح الأمة ففي صحة النكاح قولان: فإن قلنا إنه باطل فوطئها لزمه مهر المثل وهل يرجع به على الغار فيه قولان: أحدهما لا يرجع لأنه حصل له في مقابلته

فوق الختان. قوله: (**فخرج عجمياً**) الفرق بين العجمي والأعجمي والعربي والأعرابي، أن

الوطء، والثاني يرجع لأن الغار ألجأه إليه، فإن كان الذي غره غير الزوجة رجع عليه، وإن كانت هي الزوجة رجع عليها إذا عتقت، وإن كان وكيل السيد رجع عليه في الحال، وإن أحبلها ضمن قيمة الولد رجع بها على من غره، وإن قلنا إنه صحيح فهل يثبت له الخيار فيه قولان: أحدهما لا خيار له لأنه يمكنه أن يطلق، والثاني له الخيار وهو الصحيح لأن ما ثبت به الخيار للمرأة ثبت به الخيار للرجل كالجنون، وقال أبو إسحاق: إن كان الزوج عبداً فلا خيار له قولاً واحداً لأنه مثلها، والصحيح أنه لا فرق بين أن يكون حراً أو عبداً لأن عليه ضرراً لم يرض به وهو استرقاق ولده منها وعدم الاستمتاع بها في النهار، فإن فسخ فالحكم فيها كالحكم فيه إذا قلنا إنه باطل، وإن قلنا لا خيار له أو له الخيار ولم يفسخ فهو كالنكاح الصحيح، فإن وطئها قبل العلم بالرق فالولد حر لأنه لم يرض برقه، وإن وطئها بعد العلم بالرق فالولد مملوك لأنه رضي برقه، وإن غرته بصفة غير الرق أو بنسب ففي صحة النكاح القولان: فإن قلنا إنه باطل ودخل بها وجب مهر المثل، وهل يرجع به على من غره على القولين: فإن قلنا يرجع فإن كان الغرور من غيرها رجع بالجميع، وإن كان منها ففيه وجهان: أحدهما يرجع بالجميع كما يرجع على غيرها، والثاني يبقى منه شيئاً حتى لا يعرى الوطء عن بدل، وإن قلنا إنه صحيح فإن كان الغرور بنسب فخرجت أعلى منه لم يثبت الخيار، وإن خرجت دونه ولكن مثل نسبه أو أعلى منه لم يثبت الخيار، وإن كان دون نسبه ففيه وجهان: أحدهما له الخيار لأنه لم يرض أن تكون دونه، والثاني لا خيار له لأنه لا نقص على الزوج بأن تكون المرأة دونه في الكفاءة، فإن قلنا إن له الخيار فاختار الفسخ فالحكم فيه كالحكم فيه إذا قلنا إنه باطل، وإن اختار المقام فهو كما قلنا إنه صحيح وقد بيناه.

فصل: وإن تزوج امرأة من غير شرط يظنها حرة فوجدها أمة فالنكاح صحيح والمنصوص أنه لا خيار له وقال فيمن تزوج حرة يظنها مسلمة فخرجت كتابية أن له الخيار فمن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين: أحدهما له الخيار لأن الحرة الكتابية أحسن حالاً من الأمة لأن الولد منها حر والاستمتاع بها تام، فإذا جعل له الخيار فيها كان في الأمة والولد منها رقيق والاستمتاع بها ناقص أولى والقول الثاني لا خيار له لأن العقد وقع مطلقاً فهو كما لو ابتاع شيئاً يظنه على صفة فخرج بخلافها فإنه لا يثبت له الخيار فكذلك ههنا، وإذا لم يجعل له الخيار في الأمة ففي الكتابية أولى، ومنهم من حملهما على ظاهر النص فقال له الخيار في الكتابية

العجمي هو الذي أبوه وأمه عجميان، والأعجمي الذي ولد ببلاد العجم وإن لم يكن منهم. والعربي الذي ينسب إلى العرب، والأعرابي الذي يسكن البادية من العرب.

ولا خيار له في الأمة لأن في الكتابية ليس من جهة الزوج تفريط لأن الظاهر ممن لا غيار عليه أنه ولي مسلمة، وإنما التفريط من جهة الولي في ترك الغيار وفي الأمة التفريط من جهة الزوج في ترك السؤال.

فصل: إذا أعتقت الأمة وزوجها حر لم يثبت لها الخيار لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: أعتقت بريرة فخيرها رسول الله ﷺ في زوجها وكان عبداً فاختارت نفسها ولو كان حراً ما خيرها رسول الله ﷺ، ولأنه لا ضرر عليها في كونها حرة تحت حر، ولهذا لا يثبت به الخيار في ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار في استدامته، وإن أعتقت تحت عبد ثبت لها الخيار لحديث عائشة رضي الله عنها، ولأن عليها عاراً وضرراً في كونها تحت عبد ولهذا لو كان ذلك في ابتداء النكاح ثبت لها الخيار فثبت به الخيار في استدامته ولها أن تفسخ بنفسها لأنه خيار ثابت بالنص فلم يفتقر إلى الحاكم وفي وقت الخيار قولان: أحدهما أنه على الفور لأنه خيار لنقص فكان على الفور كخيار العيب في البيع، والثاني أنه على التراخي لأنا لو جعلناه على الفور لم نأمن أن تختار المقام أو الفسخ ثم تندم فعلى هذا في وقته قولان: أحدهما يتقدر بثلاثة أيام لأنه جعل حداً لمعرفة الحظ في الخيار في البيع، والثاني أن لها الخيار إلى أن تمكنه من وطئها لأنه روي ذلك عن ابن عمر وحفصة بنت عمر رضي الله عنهما وقول الفقهاء السبعة سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار رضي الله عنهم، فإن أعتقت ولم تختر الفسخ حتى وطئها ثم ادعت الجهل بالعتق، فإن كان في موضع يجوز أن يخفي عليها العتق فالقول قولها مع يمينها لأن الظاهر أنها لم تعلم، وإن كان في موضع لا يجوز أن يخفى عليها لم يقبل قولها لأن ما تدعيه خلاف الظاهر، وإن علمت بالعتق ولكن ادعت أنها لم تعلم بأن لها الخيار ففيه قولان: أحدهما لا خيار لها كما لو اشترى سلعة فيها عيب وادعى أنه لم يعلم أن له الخيار، والثاني أن لها الخيار لأن الخيار بالعتق لا يعرفه غير أهل العلم، وإن أعتقت وهي صغيرة ثبت لها الخيار إذ بلغت، وإن كانت مجنونة ثبت لها الخيار إذا عقلت وليس للولي أن يختار لأن هذه طريقة الشهوة فلا ينوب عنها الولي كالطلاق، وإن أعتقت فلم تختر حتى عتق الزوج ففيه قولان: أحدهما لا يسقط خيارها لأنه حق ثبت في حال الرق فلم يتغير بالعتق كما لو وجب عليه حد ثم أعتق، والثاني يسقط لأن الخيار ثبت للنقص وقد زال، فإن أعتقت وهي في العدة من طلاق رجعي فلها أن تترك الفسخ لانتظار البينونة بانقضاء العدة، ولها أن تفسخ لأنها إذا

. . . .

لم تفسخ ربما راجعها إذا قارب انقضاء العدة، فإذا فسخت احتاجت أن تستأنف العدة، وإن اختارت المقام في العدة لم يسقط خيارها لأنها جارية إلى بينونة فلا يصح منها اختيار المقام مع ما ينافيه، وإن أعتقت تحت عبد فطلقها قبل أن تختار الفسخ ففيه قولان: أحدهما أن الطلاق ينفذ لأنه صادف الملك، والثاني لا ينفذ لأنه يسقط حقها من الفسخ فعلى هذا إن فسخت لم يقع الطلاق، وإن لم تفسخ حكمنا بوقوع الطلاق من حين طلق.

فصل: وإن أعتقت وفسخت النكاح فإن كان قبل الدخول سقط المهر لأن الفرقة من جهتها، وإن كان بعد الدخول نظرت، فإن كان العتق بعد الدخول استقر المسمى، وإن كان قبله ودخل بها ولم تعلم بالعتق سقط المسمى ووجب مهر المثل لأن العتق وجد قبل الدخول، فصار كما لو وجد الفسخ قبل الدخول ويجب المهر للمولى لأنه وجب بالعقد في ملكه، وإن كانت مفوضة فأعتقت فاختارت الزوج وفرض لها المهر بعد العتق ففي المهر قولان: إن قلنا يجب بالعقد كان للمولى لأنه وجب قبل العتق، وإن قلنا يجب بالفرض كان لها لأنه وجب بعد العتق.

فصل: وإن تزوج عبد مشرك حرة مشركة ثم أسلما ففيه وجهان: أحدهما لا خيار لها لأنها دخلت في العقد مع العلم برقه، والثاني وهو ظاهر النص أن لها أن تفسخ النكاح لأن الرق ليس بنقص في الكفر وإنما هو نقص في الإسلام فيصير كنقص حدث بالزوج فيثبت لها الخيار، وإن تزوج العبد المشرك أمة فدخل بها ثم أسلمت وتخلف العبد فأعتقت الأمة ثبت لها الخيار لأنها عتقت تحت عبد، وإن أسلم العبد وتخلفت المرأة ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي الطيب بن سلمة أنه لا يثبت لها الخيار وهو ظاهر ما نقله المزني، والفرق بينها وبين ما قبلها أن هناك الأمر موقوف على إسلام الزوج فإذا لم تفسخ لم تأمن أن لا يسلم حتى يقارب انقضاء العدة ثم يسلم فتفسخ النكاح فتطول العدة وههنا الأمر موقوف على إسلامها فأي وقت شاءت أسلمت وثبت النكاح فلم يثبت لها الفسخ، والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه يثبت لها الخيار كالمسألة قبلها وأنكر ما نقله المزني.

فصل: إذا ملك مائة دينار وأمة قيمتها مائة دينار وزوجها من عبد بمائة ووصى بعتقها فأعتقت قبل الدخول لم يثبت لها الخيار لأنها إذا فسخت سقط مهرها، وإذا سقط المهر عجز لثلث عن عتقها فسقط خيارها فيؤدي إثبات الخيار إلى إسقاطه فسقط.

فصل: وإن أعتق عبد وتحته أمة ففيه وجهان: أحدهما يثبت لها الخيار كما يثبت للأمة إذا كان زوجها عبداً، والثاني لا يثبت لأن رقها لا يثبت به الخيار في ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار في استدامته.

. . . .

باب نكاح المشرك

إذا أسلم الزوجان المشركان على صفة لو لم يكن بينهما نكاح جاز لهما عقد النكاح أقرا على النكاح، وإن عقد بغير ولي ولا شهود لأنه أسلم خلق كثير فأقرهم رسول الله ﷺ على أنكحتهم ولم يسألهم عن شروطه، وإن أسلما والمرأة ممن لا تحل له كالأم والأخت لم يقرا على النكاح لأنه لا يجوز أن يبتدئ نكاحها فلا يجوز الإقرار على نكاحها، وإن أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسين أو أسلمت المرأة والزوج يهودي أو نصراني فإن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة، وإن كان بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة، فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة حكم بالفرقة، وقال أبو ثور: إن أسلم الزوج قبل الزوجة وقعت الفرقة وهذا خطأ لما روى عبد الله بن شبرمة أن الناس كانوا على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته، وإن أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما، والفرقة الواقعة باختلاف الدين فسخ لأنها فرقة عريت عن لفظ الطلاق ونيته فكانت فسخاً كسائر الفسوخ.

فصل: وإن أسلم الحر وتحته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه لزمه أن يختار أربعاً منهن، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن غيلان أسلم وتحته عشر نسوة، فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعاً، ولأن ما زاد على أربع لا يجوز إقرار المسلم عليه، فإن امتنع أجبر عليه بالحبس والتعزير لأنه حق توجه عليه لا تدخله النيابة فأجبر عليه، فإن أغمي عليه في الحبس خلي إلى أن يفيق لأنه خرج عن أن يكون من أهل الاختيار فخلي كما يخلى من عليه دين إذا أعسر به، فإن أفاق أعيد إلى الحبس والتعزير إلى أن يختار ويؤخذ بنفقة جميعهن إلى أن يختار لأنهن محبوسات عليه بحكم النكاح والاختيار أن يقول اخترت نكاح هؤلاء الأربع فينفسخ نكاح البواقي، أو يقول اخترت فراق هؤلاء فيثبت نكاح البواقي. وإن طلق واحدة منهن كان ذلك اختياراً لنكاحها لأن الطلاق لا يكون إلا في زوجة، وإن ظاهر منها أو آلى لم يكن ذلك اختياراً لأنه قد يخاطب به غير الزوج، وإن وطئ واحدة ففيه وجهان: أحدهما أنه اختيار لأن الوطء لا يجوز إلا في ملك فدل على الاختيار كوطء البائع الجارية المبيعة بشرط الخيار، والثاني وهو الصحيح أنه ليس باختيار لأنه اختيار للنكاح فلم يجز بالوطء كالرجعة، وإن قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت نكاحها لم يصح لأن الاختيار كالنكاح فلم يجز تعليقه على الصفة ولا في غير معين، وإن قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يصح لأن الفسخ

. . . .

لا يجوز تعليقه على الصفة، ولأن الفسخ إنما يستحق فيما زاد على أربع وقد يجوز أن لا يعلم أكثر من أربع فلا يستحق فيها الفسخ، وإن قال كلما أسلمت واحدة فهي طالق ففيه وجهان: أحدهما يصح وهو ظاهر النص لأنه قال، وإن قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يكف شيئاً إلا أن يريد به الطلاق فدل على أنه إذا أراد الطلاق صح، ووجهه أن الطلاق يصح تعليقه على الصفات، والثاني وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة أنه لا يصح لأن الطلاق ههنا يتضمن اختيار الزوجية والاختيار لا يجوز تعليقه على الصفة، وحمل قول الشافعي رحمه الله على من أسلم وله أربع نسوة في الشرك وأراد بهذا القول الطلاق فإنه يصح لأنه طلاق لا يتضمن اختياراً فجاز تعليقه على الصفة، وإن أسلم ثم ارتد لم يصح اختياره لأن الاختيار كالنكاح فلم يصح مع الردة، وإن أسلم وأحرم فالمنصوص أنه يصح اختياره فمن أصحابنا من جعلها على قولين: أحدهما لا يصح كما لا يصح نكاحه، والثاني يصح كما تصح رجعته، ومنهم من قال إن أسلم ثم أحرم ثم أسلمن لم يجز أن يختار قولاً واحداً لأنه لا يجوز أن يبتدئ النكاح وهو محرم فلا يجوز أن يختاره وحمل النص عليه، وإذا أسلم ثم أسلمن ثم أحرم فإن له الخيار لأن الإحرام طرأ بعد ثبوت الخيار.

فصل: وإن مات قبل أن يختار لم يقم وارث مقامه لأن الاختيار يتعلق بالشهوة فلا يقوم فيه غيره مقامه وتجب على جميعهن العدة لأن كل واحدة منهن يجوز أن تكون من الزوجات فمن كانت حاملاً اعتدت بوضع الحمل ومن كانت من ذوات الشهر اعتدت بأربعة أشهر وعشر، ومن كانت من ذوات الأقراء **اعتدت بالأقصى من الأجلين** من ثلاثة أقراء أو أربعة أشهر وعشر ليسقط الفرض بيقين ويوقف ميراث أربع نسوة إلى أن يصطلحن لأنا نعلم أن فيهن أربع زوجات، وإن كان عددهن ثمانية فجاء أربع يطلبن الميراث لم يدفع إليهن شيء لجواز أن تكون الزوجات غيرهن، وإن جاء خمس دفع إليهن ربع الموقوف لأن فيهن زوجة بيقين، ولا يدفع إليهن إلا بشرط أنه لم يبق لهن حق ليمكن صرف الباقي إلى باقي الورثة، وإن جاء ست دفع إليهن نصف الموقوف لأن فيهن زوجتين بيقين وعلى هذا القياس، وإن كان فيهن أربع كتابيات ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي القاسم الداركي أنه لا يوقف شيء لأنه لا يوقف إلا ما يتحقق استحقاقه ويجهل مستحقه وههنا لا يتحقق الاستحقاق لجواز أن تكون الزوجات الكتابيات فلا يرثن، والثاني يوقف لأنه لا يجوز أن يدفع إلى باقي الورثة إلا ما يتحقق أنهم يستحقونه ويجوز أن تكون المسلمات زوجاته فلا يكون الجميع لباقي الورثة.

قوله: **(اعتدت بأقصى الأجلين)** أي أبعدهما. والقصا البعد وقوله: حرمت على التأبيد

فصل: وإن أسلم وتحته أختان أو امرأة وعمتها أو امرأة وخالتها وأسلمتا معه لزمه أن يختار إحداهما، لما روي أن ابن الديلمي أسلم وتحته أختان فقال له النبي ﷺ: «اختر أيتهما شئت وفارق الأخرى» وإن أسلم وتحته أم وبنت وأسلمتا معه لم يخل إما أن لا يكون قد دخل بواحدة منهما أو دخل بهما أو دخل بالأم دون البنت أو بالبنت دون الأم فإن لم يكن دخل بواحدة منهما ففيه قولان: أحدهما يمسك البنت وتحرم الأم وهو اختيار المزني لأن النكاح في الشرك كالنكاح الصحيح بدليل أنه يقر عليه، والأم تحرم بالعقد على البنت وقد وجد العقد والبنت لا تحرم إلا بالدخول بالأم، ولم يوجد الدخول، والقول الثاني وهو الصحيح أنه يختار من شاء منهما لأن عقد الشرك إنما تثبت له الصحة إذا انضم إليه الاختيار، فإذا لم ينضم إليه الاختيار فهو كالمعدوم ولهذا لو أسلم وعنده أختان واختار إحداهما جعل كأنه عقد عليها ولم يعقد على الأخرى، فإذا اختار الأم صار كأنه عقد عليها ولم يعقد على البنت، وإذا اختار البنت صار كأنه عقد عليها ولم يعقد على الأم، فعلى هذا إذا اختار البنت حرمت الأم على التأبيد لأنها أم امرأته، وإن اختار الأم حرمت البنت تحريم جمع لأنها بنت امرأة لم يدخل بها، وإن دخل بها حرمت البنت بدخوله بالأم، وأما الأم فإن قلنا إنها تحرم بالعقد على البنت حرمت لعلتين بالعقد على البنت وبالدخول بها، وإن قلنا إنها لا تحرم بالعقد حرمت بعلة وهي الدخول، وإن دخل بالأم دون البنت، فإن قلنا إن الأم تحرم بالعقد على البنت حرمت الأم بالعقد على البنت وحرمت البنت بالدخول بالأم، وإن قلنا إن الأم لا تحرم بالعقد على البنت حرمت بالبنت بالدخول بالأم وثبت نكاح الأم، وإن دخل بالبنت دون الأم ثبت نكاح البنت وانفسخ نكاح الأم وحرمت في أحد القولين بالعقد وبالدخول، وفي القول الآخر بالدخول.

فصل: وإن أسلم وتحته أربع إماء فأسلمن معه فإن كان ممن يحل له نكاح الأمة اختار واحدة منهن لأنه يجوز أن يبتدئ نكاحها فجاز له اختيارها كالحرة، وإن كن ممن لا يحل له نكاح الأمة لم يجز أن يمسك واحدة منهن، وقال أبو ثور: يجوز لأنه ليس بابتداء النكاح فلا يعتبر فيه عدم الطول وخوف العنت كالرجعة، وهذا خطأ لأنه لا يجوز له ابتداء نكاحها فلا يجوز له اختيارها كالأم والأخت ويخالف الرجعة، لأن الرجعة **سد ثلمة** في النكاح والاختيار إثبات النكاح في المرأة فصار كابتداء العقد، وإن أسلم وتحته إماء وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار واحدة منهن لأن وقت الاختيار عند اجتماع إسلامه وإسلامهن وهو في هذا الحال ممن يجوز له نكاح الأمة فكان له اختيارها،

قد ذكرنا أن الأبد الدهر وهو تفعيل منه تأبد الشيء إذا بقي على مر الأبد أي الدهر قوله: **(سد ثلمة)** الثلمة الخلل في الحائط وغيره وقد ثلمته أثلمه بالكسر يقال في السيف ثلم وفي

وإن أسلم بعضهن وهو موسر وأسلم بعضهن وهو معسر فله أن يختار من اجتمع إسلامه وإسلامها وهو معسر، ولا يختار من اجتمع إسلامه وإسلامها وهو موسر اعتباراً بوقت الاختيار.

فصل: وإن أسلم وعنده أربع إماء فأسلمت منهن واحدة وهو ممن يجوز له نكاح الإماء فله أن يختار المسلمة وله أن ينتظر إسلام البواقي ليختار من شاء منهن، فإن اختار فسخ نكاح المسلمة لم يكن له ذلك لأن الفسخ إنما يكون فيمن فضل عمن يلزم نكاحها وليس ههنا فضل، فإن خالف وفسخ ولم يسلم البواقي لزم نكاح المسلمة وبطل الفسخ وإن أسلمن فله أن يختار واحدة، فإن اختار نكاح المسلمة التي اختار فسخ نكاحها ففيه وجهان: أحدهما ليس له ذلك لأنا منعنا الفسخ فيها لأنها لم تكن فاضلة عمن يلزم فيها النكاح، وبإسلام غيرها صارت فاضلة عمن يلزم نكاحها فثبت فيها الفسخ، والثاني وهو المذهب أن له أن يختار نكاحها لأن اختيار الفسخ كان قبل وقته فكان وجوده كعدمه كما لو اختار نكاح مشركة قبل إسلامها.

فصل: وإن أسلم وعنده حرة وأمة وأسلمتا معه ثبت نكاح الحرة وبطل نكاح الأمة لأنه لا يجوز أن يبتدئ نكاح الأمة مع وجود حرة فلا يجوز أن يختارها، فإن أسلم وأسلمت الأمة معه **وتخلفت الحرة** فإن أسلمت قبل انقضاء العدة ثبت نكاحها وبطل نكاح الأمة كما لو أسلمتا معاً، وإن انقضت العدة ولم تسلم **بانت** باختلاف الدين فإن كان ممن يحل له نكاح الأمة فله إن يمسكها.

فصل: وإن أسلم عبد وتحته أربع فأسلمن معه لزمه أن يختار اثنتين، فإن أعتق بعد إسلامه وإسلامهن لم تجز له الزيادة على اثنتين لأنه ثبت له الاختيار وهو عبد، وإن أسلم وأعتق ثم أسلمن أو أسلمن وأعتق ثم أسلم لزم نكاح الأربع لأنه جاء وقت الاختيار وهو ممن يجوز له أن ينكح أربع نسوة.

فصل: وإن تزوج امرأة معتدة من غيره وأسلما، فإن كان قبل انقضاء العدة لم يقرا على النكاح لأنه لا يجوز له أن يبتديء نكاحها فلا يجوز إقراره على نكاحها، وإن كان بعد انقضاء العدة أقرا عليه لأنه يجوز أن يبتديء نكاحها وإن أسلما وبينهما نكاح متعة لم يقرا عليه لأنه إن كان بعد انقضاء المدة لم يبق نكاح، وإن كان قبله لم يعتقدا تأبيده

الإناء إذا انكسر من شفته شيء، ومثله حديث إبراهيم أنه يكره الشرب من ثلمة الإناء ومن عروتها يقال إنها كفل الشيطان أي مركبه. قوله: (**وتخلفت الحرة**) تخلف ضد تقدم وهو من الخلف نقيض القدام قوله: (**بانت**) افترقت وأصله البعد، والبينونة البعد مصدر على غير القياس.

والنكاح عقد مؤبد، وإن أسلما على نكاح شرط فيه الخيار لهما أو لأحدهما متى شاء لم يقرا عليه لأنهما لا يعتقدان لزومه والنكاح عقد لازم، وإن أسلما على نكاح شرط فيه خيار ثلاثة أيام، فإن كان قبل انقضاء المدة لم يقرا عليه لأنهما لا يعتقدان لزومه، وإن كان بعد انقضاء المدة أقرا عليه لأنهما يعتقدان لزومه، وإن طلق المشرك امرأته ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج ثم أسلما لم يقرا عليه لأنها لا تحل له قبل زوج فلم يقرا عليه كما لو أسلم وعنده ذات رحم محرم، وإن قهر حربي حربية ثم أسلما فإن اعتقدا ذلك نكاحاً أقرا عليه لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولي ولا شهود، وإن لم يعتقدا ذلك نكاحاً لم يقرا عليه لأنه ليس بنكاح.

فصل: إذا ارتد الزوجان أو أحدهما فإن كان قبل الدخول وقعت الفرقة، وإن كان بعد الدخول وقعت الفرقة على انقضاء العدة، فإن اجتمعا على الإسلام قبل انقضاء العدة فهما على النكاح، وإن لم يجتمعا وقعت الفرقة لأنه انتقال من دين إلى دين يمنع ابتداء النكاح فكان حكمه ما ذكرناه كما لو أسلم أحد الوثنيين.

فصل: وإن انتقل الكتابي إلى دين لا يقر أهله عليه لم يقر عليه لأنه لو كان على هذا الدين في الأصل لم يقر عليه فكذلك إذا انتقل إليه، وما الذي يقبل منه فيه ثلاثة أقوال: أحدها يقبل منه الإسلام أو الدين الذي كان عليه أو دين يقر عليه أهله لأن كل واحد من ذلك مما يجوز الإقرار عليه، والثاني لا يقبل منه إلا الإسلام لأنه دين حق أو الدين الذي كان عليه لأنا أقررناه عليه، والثالث لا يقبل منه إلا الإسلام وهو الصحيح لأنه اعترف ببطلان كل دين سوى دينه ثم بالانتقال عنه اعترف ببطلانه فلم يبق إلا الإسلام، وإن انتقل الكتابي إلى دين يقر أهله عليه ففيه قولان: أحدهما يقر عليه لأنه دين يقر أهله عليه فأقر عليه كالإسلام، والثاني لا يقر عليه لقوله عز وجل: ﴿ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه﴾ [آل عمران: ٨٥] فعلى هذا فيما يقبل منه قولان: أحدهما يقبل منه الإسلام أو الدين الذي كان عليه، والثاني لا يقبل منه إلا الإسلام لما ذكرناه، وكل من انتقل من الكفار إلى دين لا يقر عليه فحكمه في بطلان نكاحه حكم المسلم إذا ارتد.

فصل: وإن تزوج كتابي وثنية ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنه لا يقر عليه لأن كل نكاح لم يقر عليه المسلم لم يقر عليه الذمي كنكاح المرتدة، والثاني هو المذهب أنه يقر عليه لأن كل نكاح أقر عليه بعد الإسلام أقر عليه قبله كنكاح الكتابية.

فصل: إذا أسلم الوثنيان قبل الدخول ثم اختلفا فقالت المرأة أسلم أحدنا قبل

. . . .

صاحبه فانفسخ النكاح، وقال الزوج بل أسلمنا معاً، فالنكاح على حاله ففيه قولان: أحدهما أن القول قول الزوج وهو اختيار المزني لأن الأصل بقاء النكاح، والثاني أن القول قول المرأة لأن الظاهر معها، فإن اجتماع إسلامهما حتى لا يسبق أحدهما الآخر متعذر قال في الأم: إذا أقام الزوج بينة أنهما أسلما حين طلعت الشمس أو حين غربت الشمس لم ينفسخ النكاح لاتفاق إسلامهما في وقت واحد وهو عند تكامل الطلوع أو الغروب، فإن أقام البينة أنهما أسلما حال طلوع الشمس أو حال غروبها انفسخ نكاحهما لأن حال الطلوع والغروب من حين يبتدئ بالطلوع والغروب إلى أن يتكامل وذلك مجهول، وإن أسلم الوثنيان بعد الدخول واختلفا فقال الزوج أسلمت قبل انقضاء عدتك فالنكاح باق، وقالت المرأة بل أسلمت بعد انقضاء عدتي فلا نكاح بيننا فقد نص الشافعي رحمه الله تعالى على أن القول قول الزوج ونص في مسألتين على أن القول قول الزوجة: إحداهما إذا قال الزوج للرجعية راجعتك قبل انقضاء العدة فنحن على النكاح، وقالت الزوجة بل راجعتني بعد انقضاء العدة فالقول قول الزوجة، والثانية إذا ارتد الزوج بعد الدخول ثم أسلم فقال: أسلمت قبل انقضاء العدة فالنكاح باق، وقالت المرأة بل أسلمت بعد انقضاء العدة فالقول قول المرأة ومن أصحابنا من نقل جواب بعضها إلى بعض وجعل في المسائل كلها قولين أحدهما أن القول قول الزوج لأن الأصل بقاء النكاح. والثاني أن القول قول الزوجة لأن الأصل عدم الإسلام والرجعة، ومنهم من قال هي على اختلاف حالين فالذي قال إن القول قول الزوج إذا سبق بالدعوى، وإذا قال القول قول الزوجة إذا سبقت بالدعوى لأن قول كل واحد منهما مقبول فيما سبق إليه فلا يجوز إبطاله بقول غيره، ومنهم من قال هي على اختلاف حالين على وجه آخر فالذي قال القول قول الزوج أراد إذا اتفقا على صدقه في زمان ما ادعاه لنفسه بأن قال: أسلمت وراجعت في رمضان فقالت المرأة صدقت لكن انقضت عدتي في شعبان، فالقول قول الزوج باتفاقهما على الإسلام بالرجعة في رمضان واختلافهما في انقضاء العدة. والذي قال القول قول المرأة إذا اتفقا على صدقها في زمان ما ادعته لنفسها بأن قالت انقضت عدتي في شهر رمضان، فقال الزوج لكن راجعت أو أسلمت في شعبان فالقول قول المرأة لاتفاقهما على انقضاء العدة في رمضان واختلافهما في الرجعة والإسلام.

. . . .

كتاب الصداق

المستحب أن لا يعقد النكاح إلا بصداق لما روى سعد بن سهل رضي الله عنه أن امرأة قالت: قد وهبت نفسي لك يا رسول الله صلى الله عليك فر في رأيك فقال رجل: زوجنيها قال: أطلب ولو خاتماً من حديد، فذهب فلم يجئ بشيء، فقال النبي ﷺ: «هل معك من القرآن شيء» فقال: نعم فزوجه بما معه من القرآن، ولأن ذلك أقطع للخصومة ويجوز من غير صداق لقوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة﴾ [البقرة: ٢٣٦] فأثبت الطلاق مع عدم الفرض، وروى عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ لرجل: «إني أزوجك فلانة» قال: نعم. قال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلاناً؟ قالت: نعم فزوج أحدهما من صاحبه فدخل عليها ولم يفرض لها به صداق فلما حضرته الوفاة قال: إن رسول الله ﷺ زوجني فلانة ولم أفرض لها صداقاً ولم أعطها شيئاً، وإني قد أعطيتها عن صداقها سهمي بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف، ولأن القصد بالنكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير صداق.

فصل: ويجوز أن يكون الصداق قليلاً لقوله ﷺ: «اطلب ولو خاتماً من حديد» ولأنه بدل منفعتها فكان تقدير العوض إليها كأجرة منافعها، ويجوز أن يكون كبيراً لقوله عز وجل: ﴿وآتيتم إحداهن قنطاراً﴾ [النساء: ٢٠] قال معاذ رضي الله عنه: القنطار ألف ومائتا أوقية، وقال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: **ملء مسك ثور ذهباً**، والمستحب أن يخفف لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة»(١)، ولأنه إذا كبر أجحف وأضر **ودعا إلى المقت** والمستحب أن لا يزيد على خمسمائة درهم، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: كان صداق رسول الله ﷺ لأزواجه اثنتي عشرة أوقية ونشا أتدرون ما النش نصف أوقية وذلك خمسمائة درهم، والمستحق الاقتداء به والتبرك بمتابعته، فإن ذكر صداق في السر وصداق في العلانية، فالواجب ما عقد به العقد لأن الصداق يجب بالعقد فوجب ما عقد به، وإن قال: زوجتك

ومن كتاب الصداق

يقال الصداق والصداق بالفتح والكسر، ويقال أيضاً الصدقة قال الله عز وجل: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن﴾ [النساء: ٤] والصدقة مثله بالضم وتسكين الدال قوله: **(ملء مسك ثور ذهباً)** المسك بفتح الميم الجلد وجمعه مسوك قوله: **(ودعا إلى المقت)** المقت أشد البغض مقته

---

(١) رواه أحمد في مسنده (٦/ ٨٢، ١٤٥).

ابنتي بألف، وقال الزوج: قبلت نكاحها بخمسمائة وجب مهر المثل لأن الزوج لم يقبل بألف والولي لم يوجب بخمسمائة فسقط الجميع ووجب مهر المثل.

فصل: ويجوز أن يكون الصداق ديناً وعيناً وحالاً ومؤجلاً لأنه عقد على المنفعة فجاز بما ذكرناه كالإجارة.

فصل: ويجوز أن يكون منفعة كالخدمة وتعليم القرآن وغيرهما من المنافع المباحة لقوله عز وجل: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين **على أن تأجرني ثماني حجج**﴾ [القصص: ٢٧] فجعل الرعي صداقاً، وزوج النبي ﷺ الواهبة من الذي خطبها بما معه من القرآن، ولا يجوز أن يكون محرماً كالخمر وتعليم التوراة وتعليم القرآن للذمية لا تتعلمه للرغبة في الإسلام ولا ما فيه غرر كالمعدوم والمجهول، ولا ما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض، ولا ما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والطير الطائر لأنه عوض في عقد، فلا يجوز بما ذكرناه كالعوض في البيع والإجارة، فإن تزوج على شيء من ذلك لم يبطل النكاح لأن فساده ليس بأكثر من عدمه، فإذا صح النكاح مع عدمه صح مع فساده، ويجب مهر المثل لأنها لم ترض من غير بدل، ولم يسلم لها البدل وتعذر رد المعوض فوجب رد بدله كما لو باع سلعة بمحرم وتلفت في يد المشتري.

فصل: فإن تزوج كافر بكافرة على محرم كالخمر والخنزير ثم أسلما أو تحاكما إلينا قبل الإسلام نظرت، فإن كان قبل القبض سقط المسمى ووجب مهر المثل لأنه لا يمكن إجباره على تسليم المحرم، وإن كان بعد القبض برئت ذمته منه كما لو تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضا وإن قبض البعض برئت ذمته من المقبوض ووجب بقدر ما بقي من مهر المثل، فإن كان الصداق عشرة أزقاق خمر فقبضت منها خمسة ففيه وجهان: أحدهما يعتبر بالعدد فيبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل لأنه لا قيمة لها فكان الجميع واحداً فيها فسقط نصف الصداق ويجب نصف مهر المثل، والثاني يعتبر بالكيل لأنه أحصر. وإن أصدقها عشرة من الخنازير وقبضت منها خمسة ففيه وجهان: أحدهما يعتبر بالعدد فتبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل لأنه لا قيمة لها فكان الجميع واحداً، والثاني يعتبر بما له قيمة وهو الغنم، فيقال لو كانت غنماً كم كانت قيمة ما قبض منها فيبرأ منه بقدره، ويجب بحصة ما بقي من مهر المثل لأنه لما لم تكن له قيمة اعتبر بما له قيمة كما يعتبر الحر بالعبد فيما ليس له أرش مقدر من الجنايات.

مقتاً إذا أبغضه. والنش عشرون درهماً نصف أوقية كما ذكر وهو عربي لأنهم يسمون الأربعين درهماً أوقية ويسمون العشرين نشاً ويسمون الخمسة نواة قوله: (**على أن تأجرني ثماني حجج**) كان الصداق في شرع من قبلنا للأولياء.

فصل: وإن أعتق رجل أمته على أن تتزوج به ويكون عتقها صداقها وقبلت لم يلزمها أن تتزوج به لأنه سلف في عقد فلم يلزم كما لو قال لامرأة خذي هذا الألف على أن تتزوجي بي وتعتق الأمة لأنه أعتقها على شرط باطل فسقط الشرط وثبت العتق كما لو قال لعبده: إن ضمنت لي خمراً فأنت حر فضمن ويرجع عليها بقيمتها لأنه لم يرض في عتقها إلا بعوض، ولم يسلم له وتعذر الرجوع إليها، فوجبت قيمتها كما لو باع عبداً بعوض محرم وتلف العبد في يد المشتري، وإن تزوجها بعد العتق على قيمتها وهما لا يعلمان قدرها فالمهر فاسد، وقال أبو علي ابن خيران: يصح كما لو تزوجها على عبد لا يعلمان قيمته وهذا خطأ لأن المهر هناك هو العبد وهو معلوم والمهر ههنا هو القيمة وهي مجهولة فلم يجز، وإن أراد حيلة يقع بها العتق وتتزوج به ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي علي بن خيران أنه يمكنه ذلك بأن يقول إن كان في معلوم الله تعالى أني إذا أعتقتك تزوجت بي فأنت حرة، فإذا تزوجت به علمنا أنه قد وجد شرط العتق، وإن لم تتزوج به علمنا أنه لم يوجد شرط العتق، والثاني وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يصح ذلك ولا يقع العتق ولا يصح النكاح لأنه حال ما تتزوج به نشك أنها حرة أو أمة والنكاح مع الشك لا يصح، فإذا لم يصح النكاح لم تعتق لأنه لم يوجد شرط العتق، وإن أعتقت امرأة عبداً على أن يتزوج بها وقبل العبد عتق ولا يلزمه أن يتزوج بها لما ذكرناه في الأمة، ولا يلزمه قيمته لأن النكاح حق للعبد فيصير كما لو أعتقته بشرط أن تعطيه مع العتق شيئاً آخر، ويخالف الأمة فإن نكاحها حق للمولى فإذا لم يسلم له رجع عليها بقيمتها، وإن قال رجل لآخر أعتق عبدك عن نفسك على أن أزوجك ابنتي فأعتقه لم يلزمه التزويج لما ذكرناه، وهل تلزمه قيمة العبد فيه وجهان بناء على القولين فيمن قال لغيره أعتق عبدك عن نفسك وعلى ألف فأعتقه لم يلزمه التزويج لما ذكرناه، وهل تلزمه قيمة العبد فيه وجهان بناء على القولين فيمن قال لغيره أعتق عبدك عن نفسك وعلى ألف فأعتقه أحدهما يلزمه كما لو قال أعتق عبدك عني على ألف، والثاني لا يلزمه لأنه بذل العوض على ما لا منفعة له فيه.

فصل: ويثبت في الصداق خيار الرد بالعيب لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب فثبت فيه خيار الرد كالعوض في البيع ولا يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار المجلس لأنه أحد عوضي النكاح فلم يثبت فيه خيار الشرط وخيار المجلس كالبضع، ولأن خيار الشرط وخيار المجلس جعلا لدفع الغبن والصداق لم يبن على المغابنة، فإن شرط فيه خيار الشرط فقد قال الشافعي رحمه الله: يبطل النكاح فمن أصحابنا من جعله قولاً لأنه أحد عوضي النكاح فبطل النكاح بشرط الخيار فيه كالبضع، ومنهم من قال: لا يبطل وهو

. . . .

الصحيح كما لا يبطل إذا جعل المهر خمراً أو خنزيراً وما قال الشافعي رحمه الله محمول على ما إذا شرط في المهر والنكاح ويجب مهر المثل لأن شرط الخيار لا يكون إلا بزيادة جزء أو نقصان جزء، فإذا سقط الشرط وجب إسقاط ما في مقابلته فيصير الباقي مجهولاً فوجب مهر المثل، وإن تزوجها بألف على أن لا يتسرى عليها أو لا يتزوج عليها بطل الصداق لأنه شرط باطل أضيف إلى الصداق فأبطله ويجب مهر المثل لما ذكرناه في شرط الخيار.

فصل: وتملك المرأة المسمى بالعقد إن كان صحيحاً ومهر المثل إن كان فاسداً لأنه عقد يملك المعوض فيه بالعقد فملك العوض فيه بالعقد كالبيع، وإن كانت المنكوحة صغيرة أو غير رشيدة سلم المهر إلى من ينظر في مالها، وإن كانت بالغة رشيدة وجب تسلميه إليها، ومن أصحابنا من خرج في البكر البالغة قولاً آخر أنه يجوز أن يدفع إليها أو إلى أبيها وجدها لأنه يجوز إجبارها على النكاح، فجاز للولي قبض صداقها بغير إذنها كالصغيرة، فإن قال الزوج لا أسلم الصداق حتى تسلم نفسها، فقالت المرأة لا أسلم نفسي حتى أقبض الصداق ففيه قولان: أحدهما لا يجبر واحد منهما بل يقال: من سلم منكما أجبرنا الآخر، والثاني يؤمر الزوج بتسليم الصداق إلى عدل وتؤمر المرأة بتسليم نفسها، فإذا سلمت نفسها أمر العدل بدفع الصداق إليها كالقولين فيمن باع سلعة بثمن معين وقد بينا وجه القولين في البيوع، فإن قلنا بالقول الأول لم تجب لها النفقة في حال امتناعها لأنها ممتنعة بغير حق، وإن قلنا بالقول الثاني وجبت لها النفقة لأنها ممتنعة بحق وإن تبرعت وسلمت نفسها ووطئها الزوج أجبر على دفع الصداق وسقط حقها من الامتناع لأن الوطء استقر لها جميع البدل فسقط حق المنع كالبائع إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن.

فصل: فإن كان الصداق عيناً لم تملك التصرف فيه قبل القبض كالمبيع، وإن كان ديناً فعلى القولين في الثمن وإن كان عيناً فهلكت قبل القبض هلك من ضمان الزوج كما يهلك المبيع قبل القبض من ضمان البائع، وهل ترجع إلى مهر المثل أو إلى بدل العين فيه قولان. قال في القديم ترجع إلى بدل العين لأنه عين يجب تسليمها لا يسقط الحق بتلفها فوجب الرجوع إلى بدلها كالمغصوب، فعلى هذا إن كان مما له مثل وجب مثله، وإن لم يكن له مثل وجبت قيمته أكثر ما كانت من حين العقد إلى أن تلف كالمغصوب، ومن أصحابنا من قال: تجب قيمته يوم التلف لأنه وقت الفوات والصحيح هو الأول لأن هذا يبطل بالمغصوب. وقال في الجديد: ترجع إلى مهر المثل لأنه عوض معين تلف قبل

....

القبض وتعذر الرجوع إلى المعوض فوجب الرجوع إلى بدل المعوض كما لو اشترى ثوباً بعبد فقبض الثوب ولم يسلم العبد وتلف عنده فإنه يجب قيمة الثوب، وإن قبضت الصداق ووجدت به عيباً فردته أو خرج مستحقاً رجعت في قوله القديم إلى بدله، وفي قوله الجديد إلى مهر المثل، وإن كان الصداق تعليم سورة من القرآن فتعلمت من غيره أو لم تتعلم لسوء حفظها فهو كالعين إذا تلفت فترجع في قوله القديم إلى أجرة المثل، وفي قوله الجديد إلى مهر المثل.

فصل: ويستقر الصداق بالوطء في الفرج لقوله عز وجل: ﴿وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض﴾ وفسر الإفضاء بالجماع. وهل يستقر بالوطء في الدبر فيه وجهان: أحدهما يستقر لأنه موضعي يجب بالإيلاج فيه الحد فأشبه الفرج، والثاني لا يستقر لأن المهر في مقابلة ما يملك بالعقد والوطء في الدبر غير مملوك فلم يستقر به المهر ويستقر بالموت قبل الدخول، وقال أبو سعيد الإصطخري: إن كانت أمة لم يستقر بموتها لأنها كالسلعة تباع وتبتاع والسلعة المبيعة إذا تلفت قبل التسليم سقط الثمن فكذلك إذا ماتت الأمة وجب أن يسقط المهر، والمذهب أنه يستقر لأن النكاح إلى الموات، فإذا ماتت انتهى النكاح فاستقر البدل كالإجارة إذا انقضت مدتها. واختلف قوله في الخلوة فقال في القديم تقرر المهر لأنه عقد على المنفعة فكان التمكين فيه كالاستيفاء في تقرر البدل كالإجارة، وقال في الجديد: لا تقرر لأنه خلوة فلا تقرر المهر كالخلوة في غير النكاح.

فصل: وإن وقعت فرقة بعد الدخول لم يسقط من الصداق شيء لأنه استقر فلم يسقط، فإن أصدقها سورة من القرآن وطلقها بعد الدخول وقبل أن يعلمها ففيه وجهان: أحدهما يعلمها من وراء حجاب كما يستمع منها حديث رسول الله ﷺ، والثاني لا يجوز أن يعلمها لأنه **لا يؤمن الافتتان بها**، ويخالف الحديث فإنه ليس له بدل فلو منعناه من سماعه منها أدى إلى إضاعته، وفي الصداق لا يؤدي إلى إبطاله لأن في قوله الجديد ترجع إلى مهر المثل، وفي قوله القديم ترجع إلى أجرة التعليم، وإن وقعت الفرقة قبل الدخول نظرت؛ فإن كانت بسبب من جهة المرأة بأن أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ النكاح برضاعه سقط مهرها لأنها أتلفت المعوض قبل التسليم فسقط البدل كالبائع إذا أتلف المبيع قبل التسليم، وإن كانت بسبب من جهته نظرت فإن كان بطلاق سقط نصف

قوله: **(لا يؤمن الإفتتان بها)** يقال فتنته المرأة إذا دلهته وافتتنه أيضاً. وأنشد أبو عبيد الأعشى همدان:

لئن فتنتني لهي بالأمس أفتلت   سعيداً فأمسى قد قلى كل مسلم

المسمى لقوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] وإن كان بإسلامه أو بردته سقط نصفه لأنه فرق انفرد الزوج بسببها قبل الدخول فتنصف بها المهر كالطلاق، وإن كان بسبب منهما نظرت، فإن كان بخلع سقط نصفه لأن المغلب في الخلع جهة الزوج بدليل أنه يصح الخلع به دونها وهو إذا خالع مع أجنبي فصار كما لو انفرد به، وإن كان بردة منهما ففيه وجهان: أحدهما يسقط نصفه لأن حال الزوج في النكاح أقوى فسقط نصفه كما لو ارتد وحده، والثاني يسقط الجميع لأن المغلب في المهر جهة المرأة لأن المهر لها فسقط جميعه كما لو انفردت بالردة، فإن اشترت المرأة زوجها قبل الدخول ففيه وجهان: أحدهما يسقط النصف لأن البيع تم بالزوجة والسيد وهو قائم مقام الزوج فصار كالفرقة الواقعة بالخلع، والثاني يسقط جميع المهر لأن البيع تم بها دون الزوج فسقط جميع المهر كما لو أرضعت من ينفسخ النكاح برضاعه.

فصل: وإن قتلت المرأة نفسها فالمنصوص أنه لا يسقط مهرها وقال في الأمة: إذا قتلت نفسها أو قتلها مولاها أنه يسقط مهرها، فنقل أبو العباس جوابه في كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين: أحدهما يسقط المهر لأنها فرقة حصلت من جهتها قبل الدخول فسقط بها المهر كما لو ارتدت، والثاني لا يسقط وهو اختيار المزني وهو الصحيح لأنها فرقة حصلت بانقضاء الأجل وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت. وقال أبو إسحاق: لا يسقط في الحرة ويسقط في الأمة على ما نص عليه لأن الحرة كالمسلمة نفسها بالعقد ولهذا يملك منعها من السفر، والأمة لا تصير كالمسلمة نفسها بالعقد ولهذا لا يملك منعها من السفر مع المولى، وإن قتلها الزوج استقر مهرها لأن إتلاف الزوج كالقبض كما أن إتلاف المشتري للمبيع في يد البائع كالقبض في تقرير الثمن.

فصل: ومتى ثبت الرجوع في النصف لم يخل إما أن يكون الصداق تالفاً أو باقياً، فإن كان تالفاً فإن كان مما له مثل رجع بنصف مثله، وإن لم يكن له مثل رجع بقيمة نصفه أقل ما كانت من يوم العقد إلى يوم القبض لأنه إن كانت قيمته يوم العقد أقل ثم زادت كانت الزيادة في ملكها فلم يرجع بنصفها، وإن كانت قيمته يوم العقد أكثر ثم نقص كان النقصان مضموناً عليه فلم يرجع بما هو مضمون عليه، وإن كان باقياً لم يخل إما أن يكون باقياً على حالته أو زائداً أو ناقصاً أو زائداً من وجه ناقصاً من وجه، فإن كان على حالته رجع في نصفه ومتى يملك فيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه لا يملك

. . . .

إلا باختيار التملك لأن الإنسان لا يملك شيئاً بغير اختياره إلا الميراث فعلى هذا إن حدثت منه زيادة قبل الاختيار كانت لها، والثاني وهو المنصوص أنه يملك بنفس الفرقة لقوله عز وجل: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ فعلق استحقاق النصف بالطلاق. فعلى هذا إن حدثت منه زيادة كانت بينهما، وإن طلقها والصداق زائد نظرت؛ فإن كانت زيادة متميزة كالثمرة والنتاج واللبن رجع بنصف الأصل وكانت الزيادة لها لأنها زيادة متميزة حدثت في ملكها فلم تتبع الأصل في الرد كما قلنا في الرد بالعيب في البيع، وإن كانت الزيادة غير متميزة كالسمن وتعليم الصنعة فالمرأة بالخيار بين أن تدفع النصف بزيادته وبين أن تدفع قيمة النصف، فإن دفعت النصف أجبر الزوج على أخذه لأنه نصف المفروض مع زيادة لا تتميز، وإن دفعت قيمة النصف أجبر على أخذها لأن حقه في نصف المفروض والزائد غير المفروض فوجب أخذ البدل، وإن كانت المرأة مفلسة ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه يجوز للزوج أن يرجع بنصفِ العين مع الزيادة لأنه لا يصل إلى حقه من البدل فرجع بالعين مع الزيادة كما يرجع البائع في المبيع مع الزيادة عند إفلاس المشتري، والثاني وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يرجع لأنه ليس من جهة المرأة تفريط فلا يؤخذ منها ما زاد في ملكها بغير رضاها، ويخالف إذا أفلس المشتري فإن المشتري فرط في حبس الثمن إلى أن أفلس فرجع البائع في العين مع الزيادة، فإن كان الصداق نخلاً وعليها طلع غير مؤبر فبذلت المرأة نصفها مع الطلع ففيه وجهان: أحدهما لا يجبر الزوج على أخذها لأنها هبة فلا يجبر على قبولها، والثاني يجبر وهو المنصوص لأنه نماء غير متميز فأجبر على أخذها كالسمن، وإن بذلت نصف النخل دون الثمرة لم يجبر الزوج على أخذها، وقال المزني يلزمه أن يرجع فيه وعليه ترك الثمرة إلى أوان الجذاذ كما يلزم المشتري ترك الثمرة إلى أوان الجذاذ وهذا خطأ لأنه قد صار حقه في القيمة فلا يجبر على أخذ العين ولأن عليه ضرراً في ترك الثمرة على نخله فلم يجبر ويخالف المشتري فإنه دخل في العقد عن تراض فأقرا على ما تراضيا عليه، فإن طلب الزوج الرجوع بنصف النخل وترك الثمرة إلى أوان الجذاذ ففيه وجهان: أحدهما لا تجبر المرأة لأنه صار حقه في القيمة، والثاني تجبر عليه لأن الضرر زال عنها ورضي الزوج بما يدخل عليه من الضرر، وإن طلقا والصداق ناقص بأن كان عبداً فعمي أو مرض، فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصفه ناقصاً وبين أن يأخذ قيمة النصف، فإن رجع في النصف أجبرت المرأة على دفعه لأنه رضي بأخذ حقه ناقصاً، وإن طلب القيمة أجبرت على الدفع لأن الناقص دون حقه، وإن طلقها والصداق زائد من

. . . .

وجه ناقص من وجه بأن كان عبداً فتعلم صنعة ومرض، فإن تراضيا على أخذ نصفه جاز لأن الحق لهما، وإن امتنع الزوج من أخذه لم يجبر عليه لنقصانه وإن امتنعت المرأة من دفعه لم تجبر عليه لزيادته، وإن كان الصداق جارية فحبلت فهي كالعبد إذا تعلم صنعة ومرض لأن الحمل زيادة من وجه ونقصان من وجه آخر لأنه يخاف منه عليها فكان حكمه حكم العبد، وإن كان بهيمة فحملت ففيه وجهان: أحدهما أن المرأة بالخيار بين أن تسلم النصف مع الحمل وبين أن تدفع القيمة لأنه زيادة من غير نقص لأن الحمل لا يخاف منه على البهيمة، والثاني وهو ظاهر النص أنه كالجارية لأنه زيادة من وجه ونقصان من وجه فإن ينقص به اللحم فيما يؤكل ويمنع من الحمل عليه فيما يحمل فكان كالجارية، وإن باعته ثم رجع إليها ثم طلقها الزوج رجع بنصفه لأنه يمكن الرجوع إلى عين ماله فلم يرجع إلى القيمة، وإن وصت به أو وهبته ولم يقبض ثم طلقها رجع بنصفه لأنه باق على ملكها وتصرفها وإن كاتبته أو وهبته وأقبضته ثم طلقها رجع بقيم النصف لأنه تعلق به حق لازم لغيرها، فإن كان عبداً فدبرته ثم طلقها فقد روى المزني أنه يرجع فمن أصحابنا من قال يرجع لأنه باق على ملكها، ومنهم من قال لا يرجع لأنه لا يملك نقض تصرفها، ومنهم من قال فيه قولان: إن قلنا إن التدبير وصية فله الرجوع، وإن قلنا إنه عتق بصفة رجع بنصف قيمته.

فصل: وإن كان الصداق عيناً فوهبته من الزوج ثم طلقها قبل الدخول ففيه قولان: أحدهما لا يرجع عليها وهو اختيار المزني لأن النصف تعجل له بالهبة، والثاني يرجع وهو الصحيح لأنه عاد إليه بغير الطلاق فلم يسقط حقه من النصف بالطلاق كما لو وهبته لأجنبي ثم وهبه الأجنبي منه. وإن كان ديناً فأبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول، فإن قلنا أنه لا يرجع في الهبة لم يرجع في الإبراء، وإن قلنا يرجع في الهبة ففي الإبراء وجهان: أحدهما يرجع كما يرجع في الهبة، والثاني لا يرجع لأن الإبراء إسقاط لا يفتقر إلى القبول والهبة تمليك تفتقر إلى القبول، فإن أصدقها عيناً فوهبتها منه ثم ارتدت قبل الدخول فهل يرجع بالجميع فيه قولان لأن الرجوع بالجميع في الردة كالرجوع بالنصف في الطلاق، وإن اشترى سلعة بثمن وسلم الثمن ووهب البائع الثمن منه ثم وجد بالسلعة عيباً ففي ردها والرجوع بالثمن وجهان بناء على القولين، فإن وجد به عيباً وحدث به عنده عيب آخر فهل يرجع بالأرش فيه وجهان بناء على القولين، وإن اشترى سلعة ووهبها من البائع ثم أفلس المشتري فللبائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن قولاً واحداً لأن حقه في الثمن ولم يرجع إليه الثمن.

. . . .

فصل: إذا طلقت المرأة قبل الدخول ووجب لها نصف المهر جاز للذي بيده عقدة النكاح أن يعفو عن النصف لقوله عز وجل: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ [البقر: ٢٣٧] وفيمن بيده عقدة النكاح قولان قال في القديم: هو الولي فيعفو عن النصف الذي لها لأن الله تعالى خاطب الأزواج فقال سبحانه وتعالى: ﴿وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ [البقرة: ٢٣٧] ولو كان الزوج لقال: إلا أن يعفون أو تعفوا لأنه تقدم ذكر الأزواج وخاطبهم بخطاب الحاضر فلما عدل عن خطابهم دل على أن الذي بيده عقدة النكاح غير الزوج فوجب أن يكون هو الولي، وقال في الجديد: هو الزوج فيعفو عن النصف الذي وجب له بالطلاق، فأما الولي فلا يملك العفو لأنه حق لها، فلا يملك الولي العفو عنه كسائر ديونها، وأما الآية فتحتمل أن يكون المراد به الأزواج فخاطبهم بخطاب الحاضر ثم خاطبهم بخطاب الغائب كما قال الله عز وجل: ﴿حتى إذا كنتم في الفلك وجرين بهم﴾ [يونس: ٢٢] فإذا قلنا إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي لم يصح العفو منه إلا بخمسة شروط: أحدها أن يكون أباً أو جداً لأنهما لا يتهمان فيما يريان من حظ الولد ومن سواهما متهم، والثاني أن تكون المنكوحة بكراً فأما الثيب فلا يجوز العفو عن مالها لأنه لا يملك الولي تزويجها، والثالث أن يكون العفو بعد الطلاق وأما قبله فلا يجوز لأنه لاحظ لها في العفو قبل الطلاق لأن البضع معرض للتلف فإذا عفا ربما دخل بها فتلفت منفعة بضعها من غير بدل، والرابع أن يكون قبل الدخول فأما بعد الدخول فقد أتلف بضعها فلم يجز إسقاط بدله، والخامس أن تكون صغيرة أو مجنونة، فأما البالغة الرشيدة فلا يملك العفو عن مهرها لأنه لا ولاية عليها في المال.

فصل: وإن فوضت بضعها بأن تزوجت وسكت عن المهر أو تزوجت على أن لا مهر لها ففيه قولان: أحدهما لا يجب لها المهر بالعقد وهو الصحيح لأنه لو وجب لها المهر بالعقد لتنصف بالطلاق، والثاني يجب لأنه لو لم يجب لم استقر بالدخول ولها أن تطالب بالفرض لأن إخلاء العقد عن المهر خالص لرسول الله ﷺ، فإن قلنا يجب بالعقد فرض لها مهر المثل لأن البضع كالمستهلك فضمن بقيمته كالسلعة المستهلكة في يد المشتري ببيع فاسد، وإن قلنا لا يجب لها المهر بالعقد فرض لها ما يتفقان عليه لأنه ابتداء إيجاب فكان إليهما كالفرض في العقد ومتى فرض لها مهر المثل أو ما يتفقان عليه صار ذلك كالمسمى في الاستقرار بالدخول والموت والتنصف بالطلاق لأنه مهر مفروض

. . . .

فصار كالمفروض في العقد، وإن لم يفرض لها حتى طلقها لم يجب لها شيء من المهر لقوله عز وجل: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [النساء: ٢٣٧] فدل على أنه إذا لم يفرض يجب النصف، وإن لم يفرض لها حتى وطئها استقر لها مهر المثل لأن الوطء في النكاح من غير مهر خالص لرسول الله ﷺ، وإن ماتا أو أحدهم قبل الفرض ففيه قولان: أحدهما لا يجب لها المهر لأنها مفوضة فارقت زوجها قبل الفرض والمسيس فلم يجب لها المهر كما لو طلقت، والثاني يجب لها المهر لما روى علقمة قال أتى عبد الله في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يكن فرض لها شيئاً ولم يدخل بها، فقال أقول فيها برأيي لها صداق نسائها وعليها العدة ولها الميراث، فقال معقل بن سنان الأشجعي: قضى رسول الله ﷺ في تزويج بنت واشق بمثل ما قضيت ففرج بذلك، ولأن الموت معنى يستقر به المسمى فاستقر به مهر المفوضة كالوطء، وإن تزوجت على أن لا مهر لها في الحال ولا في الثاني ففيه وجهان: أحدهما أن النكاح باطل لأن النكاح من غير مهر لم يكن إلا لرسول لله ﷺ، فتصير كما لو نكح نكاحاً ليس له، والثاني يصح لأنه يلغي قولها لا مهر لي في الثاني لأنه شرط باطل في الصداق، فسقط وبقي العقد فعلى هذا يكون حكمه حكم القسم قبله.

فصل: ويعتبر مهر المثل بمهر نساء العصبات لحديث علقمة عن عبد الله وتعتبر بالأقرب فالأقرب منهن، وأقربهن الأخوات وبنات الإخوة والعمات وبنات الأعمام، فإن لم يكن لها نساء عصبات اعتبر بأقرب النساء إليها من الأمهات والخالات لأنهن أقرب إليها، فإن لم يكن لها أقارب اعتبر بنساء بلدها ثم بأقرب النساء شبهاً بها، ويعتبر بمهر من هي على صفتها في الحسن والعقل والعفة واليسار لأنه قيمة متلف فاعتبر فيها الصفات التي يختلف بها العوض والمهر يختلف بهذه الصفات ويجب من نقد البلد كقيم المتلفات.

فصل: وإذ أعسر الرجل بالمهر ففيه طريقان: من أصحابنا من قال: إن كان بعد الدخول لم يجز الفسخ لأن البضع صار كالمستهلك بالوطء فلم تفسخ بالإفلاس كالبيع بعد هلاك السلعة، ومن أصحابنا من قال: إن كان قبل الدخول ثبت الفسخ، وإن كان بعد الدخول ففيه قولان: أحدهما لا يثبت لها الفسخ لما ذكرناه، والثاني يثبت لها الفسخ وهو الصحيح لأن البضع لا يتلف بوطء واحد فجاز الفسخ والرجوع إليه ولا يجوز الفسخ إلا بالحاكم لأنه مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعيب.

وأنكر الأصمعي افتتنته، قوله: (المفوضة) هي المرأة تنكح بغير صداق من قولهم فوضت الأمر إلى فلان أي رددته كأنها ردت الأمر إلى الزوج وفوضته إليه. والتفويض أن

فصل: إذا زوج الرجل ابنه الصغير وهو معسر ففيه قولان: قال في القديم يجب المهر على الأب لأنه لما زوجه مع العلم بوجوب المهر والإعسار كان ذلك رضا بالتزامه، وقال في الجديد يجب على الابن وهو الصحيح لأن البضع له فكان المهر عليه.

فصل: وإن تزوج العبد بإذن المولى فإن كان مكتسباً وجب المهر والنفقة في كسبه لأنه لا يمكن إيجاب ذلك على المولى لأنه لم يضمن ولا في رقبة العبد لأنه وجب برضا من له الحق ولا يمكن إيجابه في ذمته لأنه في مقابلة الاستمتاع فلا يجوز تأخيره عنه فلم يبق إلا الكسب فتعلق به ولا يتعلق إلا بالكسب الحادث بعد العقد، فإن كان المهر مؤجلاً تعلق بالكسب الحادث بعد حلوله لأن ما كسبه قبله للمولى ويلزم المولى تمكينه من الكسب بالنهار ومن الاستمتاع بالليل لأن إذنه في النكاح يقتضي ذلك، فإن لم يكن مكتسباً وكان مأذوناً له في التجارة فقد قال في الأم: يتعلق بما في يده فمن أصحابنا من حمله على ظاهره لأنه دين لزمه بعقد أذن فيه المولى فقضى مما في يده كدين التجارة، ومن أصحابنا من قال: يتعلق بما يحصل من فضل المال لأن ما في يده للمولى فلا يتعلق به كما لا يتعلق بما في يده من الكسب وإنما يتعلق بما يحدث وحمل كلام الشافعي رحمه الله على ذلك. وإن لم يكن مكتسباً ولا مأذوناً له في التجارة ففيه قولان: أحدهما يتعلق المهر والنفقة بذمته يتبع به إذا أعتق لأنه دين لزمه برضا من له الحق فتعلق بذمته كدين القرض فعلى هذا للمرأة أن تفسخ إذا أرادت. والثاني يجب في ذمة السيد لأنه لما أذن له في النكاح مع العلم بالحال صار ضامناً للمهر والنفقة، وإن تزوج بغير إذن المولى ووطئ، فقد قال في الجديد: يجب في ذمته يتبع به إذا أعتق لأنه حق وجب برضا من له الحق فتعلق بذمته كدين القرض، وقال في القديم يتعلق برقبته لأن الوطء كالجناية. وإن أذن له في النكاح فنكح نكاحاً فاسداً ووطئ ففيه قولان: أحدهما أن الإذن يتضمن الصحيح والفاسد لأن الفاسد كالصحيح في المهر والعدة والنسب فعلى هذا حكمه حكم الصحيح وقد بيناه، والثاني وهو الصحيح أنه لا يتضمن الفاسد لأن الإذن يقتضي عقداً يملك به فعلى هذ حكمه حكم ما لو تزوج بغير إذنه وقد بيناه.

باب اختلاف الزوجين في الصداق

إذا اختلف الزوجان في قدر المهر أو في أجله تحالفا لأنه عقد معاوضة فجاز أن يثبت التحالف في قدر عوضه وأجله كالبيع، وإذا تحالفا لم ينفسخ النكح لأن التحالف

تفوض المرأة أمرها إلى الزوج فلا تقدر معه مهراً. وقيل معنى التفويض الإهمال كأنها أهملت أمر المهر فلم تسمه كما قال الشاعر:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

يوجب الجهل بالعوض والنكاح لا يبطل بجهالة العوض ويجب مهر المثل لأن المسمى سقط وتعذر الرجوع إلى المعوض فوجب بدله كما لو تحالفا في الثمن بعد هلاك المبيع في يد المشتري، وقال أبو علي بن خيران: إن زاد مهر المثل على ما تدعيه المرأة لم تجب الزيادة لأنها لا تدعيها وقد بينا فساد قوله في البيع وإن ماتا أو أحدهما قام الوارث مقام الميت لما ذكرناه في البيع، فإن اختلف الزوج وولي الصغيرة في قدر المهر ففيه وجهان: أحدهما يحلف الزوج ويوقف يمين المنكوحة إلى أن تبلغ ولا يحلف الولي لأن الإنسان لا يحلف لإثبات الحق لغيره، والثاني أنه يحلف وهو الصحيح لأنه باشر العقد فحلف كالوكيل في البيع، فإن بلغت المنكوحة قبل التحالف لم يحلف الولي لأنه لا يقبل إقراره عليها فلم يحلف وهذا فيه نظر لأن الوكيل يحلف وإن لم يقبل إقراره، وإن ادعت المرأة أنها تزوجت به يوم السبت بعشرين ويوم الأحد بثلاثين وأنكر الزوج أحد العقدين وأقامت المرأة البينة على العقدين وادعت المهرين قضى لها لأنه يجوز أن يكون تزوجها يوم السبت ثم خالعها ثم تزوجها يوم الأحد فلزمه المهران.

فصل: وإن اختلفا في قبض المهر فادعاه الزوج وأنكرت المرأة فالقول قولها لأن الأصل عدم القبض وبقاء المهر، وإن كان الصداق تعليم سورة فادعى الزوج أنه علمها وأنكرت المرأة فإن كانت لا تحفظ السورة فالقول قولها لأن الأصل عدم التعليم، وإن كانت تحفظها ففيه وجهان: أحدهما أن القول قولها لأن الأصل أنه لم يعلمها، والثاني أن القول قوله لأن الظاهر أنه لم يعلمها غيره، وإن دفع إليها شيئاً وادعى أنه دفعه عن الصداق وادعت المرأة أنه هدية، فإن اتفقا على أنه لم يتلفظ بشيء فالقول قوله من غير يمين لأن الهدية لا تصح بغير قول، وأن اختلفا في اللفظ فادعى الزوج أنه قال هذا عن صداقك وادعت المرأة أنه قال هو هدية فالقول قول الزوج لأن الملك له، فإذا اختلفا في انتقاله كان القول في الانتقال قوله كما لو دفع إلى رجل ثوباً فادعى أنه باعه وادعى القابض أنه وهبه له.

فصل: وإن اختلفا في الوطء فادعته المرأة وأنكر الزوج فالقول قوله لأن الأصل عدم الوطء، فإن أتت بولد يلحقه نسبه ففي المهر قولان: أحدهما يجب لأن إلحاق النسب يقتضي وجود الوطء، والثاني لا يجب لأن الولد يلحق بالإمكان والمهر لا يجب إلا بالوطء والأصل عدم الوطء.

فصل: وإن أسلم الزوجان قبل الدخول فادعت المرأة أنه سبقها بالإسلام فعليه نصف المهر وادعى الزوج أنها سبقته فلا مهر لها فالقول قول المرأة لأن الأصل بقاء

ويقال المرأة مفوضة بالكسر لتفويضها لأنها أذنت. وبالفتح لأن وليها فوضها بعقده.

المهر، وإن اتفقا على أن أحدهما سبق ولا يعلم عين السابق منهما فإن كان المهر في يد الزوج لم يجز للمرأة أن تأخذ منه شيئاً لأنها تشك في الاستحقاق، وإن كان في يد الزوجة رجع الزوج بنصفه لأنه يتيقن استحقاقه ولا يأخذ من النصف الآخر شيئاً لأنه شك في استحقاقه.

فصل: وإن أصدقها عيناً ثم طلقها قبل الدخول وقد حدث بالصداق عيب، فقال الزوج حدث بعد ما عاد إليّ فعليك أرشه، وقالت المرأة بل حدث قبل عوده إليك فلا يلزمني أرشه، فالقول قول المرأة لأن الزوج يدعي وقوع الطلاق قبل النقص، والأصل عدم الطلاق والمرأة تدعي حدوث النقص قبل الطلاق والأصل عدم النقص فتقابل الأمران فسقطا والأصل براءة ذمتها.

فصل: وإذا وطئ امرأة بشبهة أو في نكاح فاسد لزمه المهر لحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل» فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن أكرهها على الزنا وجب عليه المهر، لأنه وطء سقط فيه الحد عن الموطوءة بشبهة والواطئ من أهل الضمان في حقها فوجب عليه المهر كما لو وطئها في نكاح فاسد، فإن طاوعته على الزنا نظرت، فإن كانت حرة لم يجب لها المهر لما روى أبو مسعود البدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب **ومهر البغي وحلوان الكاهن**، وإن كانت أمة لم يجب لها المهر على المنصوص للخبر، ومن أصحابنا من قال: يجب لأن المهر حق للسيد فلم يسقط بإذنها كأرش الجناية.

فصل: وإن وطئ امرأة وادعت المرأة أنه استكرهها وادعى الواطئ أنها طاوعته ففيه قولان: أحدهما القول قول الواطيء لأن الأصل براءة ذمته، والثاني القول قول الموطوءة لأن الواطيء متلف ويشبه أن يكون القولان مثبتين على القولين في اختلاف رب الدابة وراكبها ورب الأرض وزارعها.

فصل: وإن وطيء المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن وهو جاهل بالتحريم ففيه قولان: أحدهما لا يجب المهر لأن البضع للسيد وقد أذن له ائتلافه فسقط بدله كما لو أذن له في قطع عضو منها، والثاني يجب لأنه وطء سقط عنه الحد للشبهة فوجب عليه المهر كما لو وطئ في نكاح فاسد، فإن أتت منه بولد ففيه طريقان: من أصحابنا من قال فيه قولان كالمهر لأنه متولد من مأذون فيه فإذا كان في بدل المأذون فيه قولان كذلك

قوله: **(مهر البغي وحلوان الكاهن)** البغي الزانية. والبغاء الزنا. وحلوان الكاهن أجرته وقد ذكر. والكاهن العالم بالعبرانية.

وجب أن يكون في بدل ما تولد منه قولان، وقال أبو إسحاق: تجب قيمة الولد يوم سقط قولاً واحداً لأنها تجب بالإحبال ولم يوجد الإذن في الإحبال، والطريق الأول أظهر لأنه وإن لم يأذن في الإحبال إلا أنه أذن في سببه إذا طلقت المرأة لم يخل إما أن يكون قبل الدخول أو بعده، فإن كان قبل الدخول نظرت **فإن لم يفرض لها مهر** وجب لها المتعة لقوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن﴾ [البقرة: ٢٣٦] ولأنه لحقها بالنكاح ابتذال وقلت الرغبة فيها بالطلاق فوجب لها المتعة، وإن فرض لها المهر لم تجب لها المتعة لأنه لما أوجب بالآية لمن لم يفرض لها دل على أنه لا يجب لمن فرض لها ولأنه حصل لها في مقابلة الابتذال نصف المسمى فقام ذلك مقام المتعة، وإن كان بعد الدخول ففيه قولان: قال في القديم: لا تجب لها المتعة لأنها مطلقة من نكاح لم يخل من عوض فلم تجب لها المتعة كالمسمى لها قبل الدخول، وقال في الجديد: تجب لقوله تعالى: ﴿فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً﴾ [الأحزاب: ٢٨] وكان ذلك في نساء دخل بهن، ولأن ما حصل من المهر لها بدل عن الوطء وبقي الابتذال بغير بدل فوجب لها المتعة كالمفوضة قبل الدخول، وإن وقعت الفرقة بغير الطلاق نظرت، فإن كانت بالموت لم تجب لها المتعة لأن النكاح قد تم بالموت وبلغ منها فلم تجب لها متعة، وإن كانت بسبب من جهة أجنبي كالرضاع فحكمه حكم الطلاق في الأقسام الثلاثة لأنه بمنزلة الطلاق في تنصيف المهر فكانت كالطلاق في المتعة، وإن كانت بسبب من جهة الزوج كالإسلام والردة والعيان فحكمه حكم الطلاق في الأقسام الثلاثة لأنها فرقة حصلت من جهته فأشبهت الطلاق، وإن كانت بسبب من جهة الزوجة كالإسلام والردة والرضاع والفسخ بالإعسار والعيب بالزوجين جميعاً لم تجب لها المتعة لأن المتعة وجبت لها لما يلحقها من **الابتذال** بالعقد وقلة الرغبة فيها بالطلاق وقد حصل ذلك بسبب من جهتها فلم تجب. وإن كانت بسبب منهما نظرت؛ فإن كانت بخلع أو جعل الطلاق إليها فطلقت كان حكمها حكم المطلقة في الأقسام الثلاثة لأن المغلب فيها جهة الزوج لأنه يمكنه أن يخالعها مع غيرها ويجعل الطلاق إلى غيرها فجعل كالمفرد به، وإن كانت الزوجة أمة فاشتراها الزوج فقد قال في موضع لا

ومن باب المتعة والوليمة

المتعة هي الشيء الذي يتبلغ به ويستعان به على تزويج الحال في الدنيا ذكره في الصحاح بروع بنت واشق أهل الحديث يروونه بكسر البناء والصواب الفتح لأنه ليس في كلام العرب فعول إلا خروع وعتود قوله: **(وإن فرض لها المهر)** أي أوجبه والفرض الواجب وأصله الحز والقطع قوله: **(الابتذال)** الابتذال هو الامتهان والانتفاع مأخوذ من البذلة والمبذلة

متعة لها، وقال في موضع لها المتعة فمن أصحابنا من قال هي على قولين: أحدهما لا متعة لها لأن المغلب جهة السيد لأنه يمكنه أن يبيعها من غيره فكان حكمه في سقوط المتعة حكم الزوج في الخلع في وجوب المتعة، ولأنه يملك بيعها من غير الزوج فصار اختياره للزوج اختياراً للفرقة، والثاني أن لها المتعة لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر في العقد فسقط حكمها كما لو وقعت الفرق من جهة أجنبي، وقال أبو إسحاق: وإن كان مولاها طلب البيع لم تجب لأنه هو الذي اختار الفرقة، وإن كان الزوج طلب وجبت لأنه هو الذي اختار الفرقة وحمل القولين على هذه الحالين.

فصل: والمستحب أن تكون المتعة **خادماً أو مقنعة** أو ثلاثين درهماً لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: يستحب أن يمتعها بخادم فإن لم يفعل فبثياب، وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: يمتعها بثلاثين درهماً وروي عنه أنه قال: يمتعها بجارية. وفي الوجوب وجهان: أحدهما ما يقع عليه اسم المال والثاني وهو المذهب أنه يقدرها الحاكم لقوله تعالى: ﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾ [البقرة: ٢٣٦] وهل يعتبر بالزوج أو بالزوجة فيه وجهان: أحدهما يعتبر بحال الزوج للآية والثاني يعتبر بحالها لأنه بدل عن المهر فاعتبر بها.

باب الوليمة والنثر

الطعام الذي يدعى إليه الناس ستة: **الوليمة** للعرس، والخرس للولادة، والإعذار للختان، والوكيرة للبناء، والنقيعة لقدوم المسافر، والمأدبة لغير سبب. ويستحب ما سوى الوليمة لما فيها من إظهار نعم الله والشكر عليها واكتساب الأجر والمحبة، ولا تجب لأن الإيجاب بالشرع ولم يرد الشرع بإيجابه. وأما وليمة العرس فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال هي واجبة وهو المنصوص لما روى أنس رضي الله عنه قال: تزوج عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، فقال له رسول الله ﷺ: «أولم ولو بشاة»[1] ومنهم من

وهو ما يبتذل ويمتهن من الثياب يقال: جاءنا فلان في مباذله أي ثياب بذلة قوله: **(خادماً أو مقنعة)** الخادم واحد الخدام غلاماً كان أو جارية وهو فاعل من الخدمة. والمقنعة ما يغطي به الرأس. والفارس المقنع الذي غطى رأسه بالحديد قوله: **(وعلى المقتر قدره)** المقتر الفقير وأصله التضييق في النفقة قوله: **(الوليمة)** مشتقة من ولم الزوجين وهو اجتماعهما. والولم

---

(١) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ٧، ٥٤. مسلم في كتاب النكاح حديث ٧٩، ٨٠. أبو داود في كتاب النكاح ٢٩. الترمذي في كتاب النكاح باب ١٠. ابن ماجه في كتاب النكاح باب ٢٤. الموطأ في كتاب النكاح حديث ٤٧. أحمد في مسنده (٣/ ١٦٥).

قال هي مستحبة لأنه طعام لحادث سرور، فلم تجب كسائل الولائم ويكره النثر لأن التقاطه دناءة وسخف ولأنه يأخذه قوم دون قوم ويأخذه من غيره أحب.

فصل: ومن دعي إلى وليمة وجب عليه الإجابة لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا دعي أحدكم إلى وليمة فليأتها»[1] ومن أصحابنا من قال هي فرض على الكفاية لأن القصد إظهارها وذلك يحصل بحضور البعض، وإن دعي مسلم إلى وليمة ذمي ففيه وجهان: أحدهما تجب الإجابة للخبر، والثاني لا تجب لأن الإجابة للتواصل واختلاف الدين يمنع التواصل، وإن كانت الوليمة ثلاثة أيام أجاب في اليوم الأول والثاني وتكره الإجابة في اليوم الثالث، لما روي أن سعيد بن المسيب رحمه الله دعي مرتين فأجاب ثم دعي الثالثة **فحصب الرسول**. وعن الحسن رحمه الله أنه قال: الدعوى أول يوم حسن والثاني حسن والثالث رياء وسمعة، وإن دعاه اثنان ولا يمكنه الجمع بينهما أجاب أسبقهما لحق السبق، فإن استويا في السبق أجاب أقربهما رحماً، فإن

الجمع ومنه سمي العقد الولم لأنه يجمع الرجلين ذكره في البيان. قال الزمخشري: الوليمة من الولم وهو خيط يربط لأنها لعقد المواصلة. والوليمة تقع على كل طعام يتخذ عند حادث سرور إلا أن استعمالها في العرس أشهر. وأما اخرس فيقال بالسين والصاد وهو طعام الولادة والخرسة ما تطعمه النفساء قال في الفائق وكأنه سمي خرساً لأنها تضع عند وضعها وانقطاع صرة حملها وفي أمثاله تخرسي يا نفس لا مخرسة لك أي اصنعي لك فإنه لا صانع لك، ويقال التمر خرسة مريم عليها السلام لقوله تعالى: ﴿تساقط عليك رطباً جنياً﴾ [مريم: ٢٥] والإعذار من عذر الغلام إذا ختنه قال أبو عبيد: يقال أعذر الجارية والغلام يعذرهما عذراً إذا ختنهما. والنقيعة مأخوذة من النقع وهو النحر يقال نقع الجزور إذا نحرها ونقع جيبه شقه قال المرار:

نقعن جيوبهن على حيا ... وأعددن المراثي والعويلا

وقال أبو زيد النقيعة طعام الإملاك. والإملاك التزويج وفي الحديث في تزويج خديجة بالنبي عليه الصلاة والسلام قال أبو خديجة وقد ذبحوا بقرة عند ذلك ما هذه النقيعة وقد جمع الشاعر هذه الأطعمة المذكورة في الكتاب حيث قال:

كل الطعام تشتهي ربيعه ... الخرس والإعذار والنقيعة

والنثر ما ينثر على رأس العروس من دراهم أو غيرها. دناءة وسخف ذكرا قوله: (**فحصب الرسول**) أي رماه بالحصى وهو صغار الحجارة. حصبته أحصبه بالكسر قوله:

---

(١) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ٧١. مسلم في كتاب النكاح حديث ٩٦ - ٩٨. أبو داود في كتاب الأطعمة باب ١. الموطأ في كتاب النكاح حديث ٤٩.

استويا في الرحم أجاب أقربهما داراً لأنه من أبواب البر فكان التقديم فيه على ما ذكرناه كصدقة التطوع، فإن استويا في ذلك أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة.

فصل: وإن دعي إلى **موضع فيه دف** أجاب لأن الدف يجوز في الوليمة، لما روى محمد بن حاطب قال: قال رسول الله ﷺ: «فصل بين الحلال والحرام الدف»[1] فإن دعي إلى موضع فيه منكر من زمر أو خمر فإن قدر على إزالته لزمه أن يحضر لوجوب الإجابة ولإزالة المنكر، وإن لم يقدر على إزالته لم يحضر لما روي أن رسول الله ﷺ نهى أن يجلس على مائدة تدار فيها الخمر، وروى نافع قال: كنت أسير مع عبد الله بن عمر رضي الله عنهما **فسمع زمارة راع** فوضع أصبعيه في أذنيه **ثم عدل عن الطريق** فلم يزل يقول يا نافع أتسمع حتى قلت لا فأخرج أصبعيه عن أذنيه ثم رجع إلى الطريق ثم قال: هكذا رأيت رسول الله ﷺ صنع. وإن حضر في موضع فيه **تماثيل**، فإن كانت كالشجر جلس، وإن كنت على صورة حيوان، فإن كانت على بساط يداس أو مخدة يتكأ عليها جلس، وإن كانت على حائط أو ستر معلق لم يجلس لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أتاني جبريل ﷺ فقال أتيتك البارحة فلم يمنعني أن أكون دخلت إلا أنه كان على الباب تماثيل»[2] وكان في البيت **قرام** ستر فيه تماثيل، وكان في البيت كلب فمر برأس التماثيل التي كانت البيت يقطع فتصير كهيئة الشجرة، ومر بالستر فليقطع منه وسادتان منبوذتان توطآن ومر بالكلب فليخرج ففعل رسول الله ﷺ ذلك، ولأن ما كان كالشجرة فهو كالكتابة والنقوش، وما كان على صورة الحيوان على حائط أو ستر فهو كالصنم وما يوطأ فليس كالصنم لأنه غير معظم.

(**موضع فيه دف**) الدف الذي يضرب يفتح ويضم. وأما الدف فالجنب بالفتح لا غير قوله: (**فسمع زمارة راع**) الزمر معروف يقال: زمر يزمر ويزمر بالضم والكسر وأصله من الزمارة بالكسر وهو صوت النعام. وقد زمر النعام يرمز بالكسر قوله: (**ثم عدل عن الطريق**) أي مال عنها ولعله فعل ذلك لئلا يستضر المارة بوقوفه وإنما وقف لأنه يعسر عليه المشي والاجتياز مع قبض يديه والراكب أشد ضرراً. قوله: (**قرام**) هو ستر فيه رقم قال لبيد:

من كل محفوف يظل عصيه ... زوج عليه كلة وقرامها

---

(١) رواه الترمذي في كتاب النكاح باب ٦. النسائي في كتاب النكاح باب ٧٢. ابن ماجه في كتاب النكاح باب ٢٠.

(٢) رواه مسلم في كتاب النكاح حديث ١٠٦. أبو داود في كتاب الأطعمة باب ١. أحمد في مسنده (٢/ ٥٠٧).

فصل: ومن حضر الطعام فإن كان مفطراً ففيه وجهان: أحدهما يلزمه أن يأكل لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا دعي أحدكم إلى طعام فليجب فإن كان مفطراً فليأكل **وإن كان صائماً فليصل**»[1] والثاني لا يجب لما روى جابر رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا دعي أحدكم إلى طعام فليجب فإن شاء طعم، وإن شاء ترك»[2] وإن دعي وهو صائم لم تسقط عنه الإجابة للخبر ولأن القصد التكثير والتبرك بحضوره وذلك يحصل مع الصوم فإن كان الصوم فرضاً لم يفطر لقول النبي ﷺ «وإن كان صائماً فليصل» وإن كان تطوعاً فالمستحب أن يفطّر لأنه يدخل السرور على من دعاه وإن لم يفطر جاز لأنه قربة فلم يلمه تركها. والمستحب لمن فرغ من الطعام أن يدعو لصاحب الطعام لما روى عبد الله بن الزبير رضي الله عنه قال: أفطر رسول الله ﷺ عند سعد بن معاذ رضي لله عنه فقال: «أفطر عندكم الصائمون **وصلت عليكم الملائكة** وأكل طعامكم الأبرار»[3].

باب عشرة النساء والقسم

إذا تزوج امرأة فإن كانت ممن يجامع مثلها وجب تسليمها بالعقد إذا طلب، ويجب عليه تسليمها إذا عرضت عليه فإن طالب بها الزوج فسألت الإنظار أنظرت ثلاثة أيام لأنه قريب ولا تنظر أكثر منه لأنه كثير، وإن كانت لا يجامع مثلها لصغر أو مرض يرجى زواله لم يجب التسليم إذا طلب الزوج ولا التسلم إذا عرضت عليه لأنها لا تصلح للاستمتاع، وإن كانت لا يجامع مثلها لمعنى لا يرجى زواله بأن كانت نضوة الخَلق أو بها مرض لا

قوله: **(تماثيل)** جمع تمثال وهو تفعال من المماثلة وهي المشابهة كالصور المشبهة بالحيوان وغيرها قوله: **(منبوذتان)** أي مرميتان والنبذ الرمي، أي غير معظمتين قوله: **(وإن كان صائماً فليصل)** أي فليدع. والصلاة ههنا الدعاء لأرباب الطعام بالمغفرة والبركة قوله: **(وصلت عليكم الملائكة)** أي استغفرت لكم والصلاة من الله والرحمة ومن الملائكة الاستغفار. ومن الناس الدعاء.

ومن باب عشرة النساء والقسم

القسم ههنا بفتح القاف أراد المصدر ولم يرد الاسم الذي هو بالكسر قوله: **(نضو**

---

(1) رواه مسلم في كتاب النكاح حديث ١٠٥، ١٠٦. أبو داود في كتاب الأطعمة باب ١ ابن ماجه في كتاب الصيام باب ٤٧.

(2) رواه أبو داود في كتاب الأطعمة باب ٥٤. أحمد في مسنده (٣/١٣٨).

(3) رواه البخاري في كتاب الاستعراض باب ١٢. مسلم في كتاب المساقاة حديث ٣٣. الموطأ في كتاب البيوع حديث ٨٤. ابن ماجه في كتاب الصدقات باب ٨.

يرجى زواله وجب التسليم إذا طلب، والتسلم إذا عرضت عليه لأن المقصود من مثلها الاستمتاع بها في غير الجماع.

فصل: وإن كانت الزوجة حرة وجب تسليمها ليلاً ونهاراً لأنه لا حق لغيرها عليها وللزوج أن يسافر بها لأن النبي ﷺ كان يسافر بنسائه، ولا يجوز لها أن تسافر بغير إذن الزوج لأن الاستمتاع مستحق له فلا يجوز تفويته عليه، وإن كانت أمة وجب تسليمها بالليل دون النهار لأنها مملوكة عقد على إحدى منفعتيها فلم يجب التسليم في وقتها كما لو أجرها لخدمة النهار، وقال أبو إسحاق إن كان بيدها صنعة كالغزل والنسج وجب تسليمها بالليل والنهار لأنه يمكنها العمل في بيت الزوج والمذهب الأول لأنه قد يحتاج إليه في خدمة غير الصنعة، ويجوز للمولى بيعها لأن النبي ﷺ أذن لعائشة رضي الله عنها في شراء بريرة وكان لها زوج ويجوز له أن يسافر بها لأنه يملك بيعها فملك السفر بها كغير المزوجة.

فصل: ويجوز للزوج أن يجبر امرأته على الغسل من الحيض والنفاس لأن الوطء يقف عليه وفي غسل الجنابة قولان: أحدهما له أن يجبرها عليه لأن كمال الاستمتاع يقف عليه لأن النفس تعاف من وطء الجنب، الثاني ليس له أن يجبرها لأن الوطء لا يقف عليه، وفي التنظيف **والاستحداد** وجهان: أحدهما يملك إجبارها عليه لأن كمال الاستمتاع يقف عليه، والثاني لا يملك إجبارها عليه لأن الوطء لا يقف عليه. وهل له أن يمنعها من أكل ما يتأذى برائحته فيه وجهان: أحدهما له منعها لأنه يمنع كمال الاستمتاع، والثاني ليس له منعها لأنه لا يمنع الوطء فإن كانت ذمية فله منعها من السكر لأنه يمنع الاستمتاع لأنها تصير كالزق المنفوخ، ولأنه لا يأمن أن تجني عليه، وهل له أن يمنعها من أكل لحم الخنزير وشرب القليل من الخمر فيه ثلاثة أوجه: أحدها يجوز له منعها لأنه يمنع كمال الاستمتاع، والثاني ليس له منعها لأنه لا يمنع الوطء، والثالث وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه ليس له منعها من لحم الخنزير لأنه لا يمنع الوطء وله منعها من قليل الخمر لأن السكر يمنع الاستمتاع ولا يمكن التمييز بين ما يسكر وبين ما لا يسكر مع اختلاف الطباع فمنع من الجميع.

فصل: وللزوج منع الزوجة من الخروج إلى المساجد وغيرها لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: رأيت امرأة أتت إلى النبي ﷺ، وقالت: يا رسول الله ما حق الزوج على زوجته؟ قال: «حقه عليها أن لا تخرج من بيتها إلا بإذنه فإن فعلت لعنها الله وملائكة الرحمة وملائكة الغضب حتى تتوب أو ترجع» قالت: يا رسول الله وإن كان لها ظالماً،

الخلق) النضو المهزول من الإبل. وناقة نضوة أي مهزولة لأن النفس تعاف من وطء الجنب، وقد ذكر قوله: (**الاستحداد**) هو حلق العانة استفعال من الحديد.

قال: «وإن كان لها ظالماً». ولأن حق الزوج واجب فلا يجوز تركه بما ليس بواجب ويكره منعها من عيادة أبيها إذا أثقل وحضور مواراته إذا مات لأن منعها من ذلك يؤدي إلى النفور **ويغريها بالعقوق**.

فصل: ويجب على الزوج معاشرتها بالمعروف من كف الأذى لقوله تعالى: ﴿**وعاشروهن بالمعروف**﴾ [النساء: ١٩] ويجب عليه بذل ما يجب من حقها **من غير مطل** لقوله عز وجل: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ ومن العشرة بالمعروف بذل الحق من غير مطل ولقوله ﷺ: «مطل الغني ظلم». ولا يجب عليه الاستمتاع لأنه حق له فجاز له تركه كسكنى الدار المستأجرة، ولأن الداعي إلى الاستمتاع الشهوة فلا يمكن إيجابه. والمستحب أن لا يعطلها لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال: قال لي رسول الله ﷺ: «أتصوم النهار»؟ قلت: نعم، وقال: «تقوم الليل» قلت: نعم، قال: «لكني أصوم وأفطر وأصلي وأنام وأمس النساء فمن رغب عن سنتي **فليس مني**»(١) ولأنه إذا عطلها لم يأمن الفساد ووقوع الشقاق. ولا يجمع بين امرأتين في مسكن إلا برضاهما لأن ذلك ليس من العشرة بالمعروف ولأنه يؤدي إلى الخصومة ولا يطأ إحداهما بحضرة الأخرى لأنه دناءة وسوء عشرة، ولا يستمتع بها إلا بالمعروف فإن كانت **نضو الخلق** ولم تحتمل الوطء لم يجز وطؤها لما فيه من الإضرار.

فصل: ولا يجوز وطؤها في الدبر، لما روى خزيمة بن ثابت رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «ملعون من أتى امرأة في دبرها»(٢) ويجوز الاستمتاع بها فيما بين الإليتين لقوله تعالى: ﴿والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾ [المؤمنون: ٥] ويجوز وطؤها في الفرج مدبرة لما روى جابر رضي الله عنه قال: قالت اليهود: إذا جامع الرجل امرأته من ورائها جاء ولدها أحول فأنزل الله تعالى: ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ [البقرة: ٣٢٣] قال: يقول يأتيها من حيث شاء مقبلة أو مدبرة إذا كان ذلك في الفرج.

قوله: (**ويغريها بالعقوق**) أغراه بالشيء إذا ألزمه إياه. وأصله من الإلصاق بالغراء. والمعاشرة هي المخالطة والمصاحبة والعشير المخالط قوله: (**وعاشروهن بالمعروف**) وهو ما يوجبه الشرع ويقتضيه الدين ويتعارفه الناس قوله: (**من غير مطل**) هو تأخير الحق والمغلطة به. وأصله المد من مطل الحديدة إذا مدها قوله: (**فليس مني**) أي ليس ممن يتخلق بخلقي

---

(١) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ١. مسلم في كتاب النكاح حديث ٥. النسائي في كتاب النكاح باب ٤. أحمد في مسنده (٢/١٥٨).

(٢) رواه أبو داود في كتاب النكاح باب ٤٥. أحمد في مسنده (٢/ ٤٤٤).

فصل: ويكره العزل، لما روت جذامة بنت وهب قالت: حضرت رسول الله ﷺ فسألوه عن العزل فقال: «ذلك **الوأد الخفي**» ﴿وإذا الموءودة سئلت﴾، فإن كان ذلك في وطء أمته لم يحرم لأن الاستمتاع بها حق له لا حق لها فيه، وإن كان في وطء زوجته فإن كانت مملوكة لم يحرم لأنه يلحقه العار باسترقاق ولده منها وإن كانت حرة، فإن كان بإذنها جاز لأن الحق لهما، وإن لم تأذن ففيه وجهان: أحدهما لا يحرم لأن حقها في الاستمتاع دون الإنزال. والثاني يحرم لأنه يقطع النسل من غير ضرر يلحقه.

فصل: وتجب على المرأة معاشرة الزوج بالمعروف من كف الأذى كما يجب عليه في معاشرتها، ويجب عليها بذل ما يجب له من غير مطل لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا دعا أحدكم امرأته إلى فراشه فأبت فبات وهو عليها ساخط لعنتها الملائكة حتى تصبح»[1].

فصل: ولا يجب عليها خدمته في الخبز والطحن والطبخ والغسل وغيرها من الخدم لأن المعقود عليه من جهتها هو الاستمتاع فلا يلزمها ما سواه.

فصل: وإن كان له امرأتان أو أكثر فله أن يقسم لهن لأن النبي ﷺ قسم لنسائه ولا يجب عليه ذلك لأن القسم لحقه فجاز له تركه وإذا أراد أن يقسم لم يجز أن يبدأ بواحدة منهن من غير رضا البواقي إلا بقرعة لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له امرأتان يميل إلى إحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة وأحد شقيه ساقط»[2] ولأن البداءة بإحداهما من غير قرعة تدعو إلى النفور وإذا قسم الواحدة بالقرعة أو غير القرعة لزمه القضاء للبواقي لأنه إذا لم يقض مال فدخل في الوعيد.

فصل: ويقسم المريض والمجبوب لأن النبي ﷺ كان يقسم في مرضه ولأن القسم يراد للأنس وذلك يحصل مع المرض والجب، وإن كان مجبوباً لا يخاف منه طاف به الولي على نسائه لأنه يحصل لها به الأنس، ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمحرمة والمظاهر منها والمولى منها لأن القصد من القسم الإيواء والأنس وذلك يحصل مع هؤلاء، وإن كنت مجنونة لا يخاف منها قسم لها لأنه يحصل لها الأنس وإن كان يخاف منها لم يقسم لها لأنها لا تصلح للأنس.

ويعمل بعملي قوله: (**الوأد الخفي**) هو القتل. والموءودة المدفونة حية. وكان ذلك فعل أهل

---

(١) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ٨٥. مسلم في كتاب النكاح حديث ١٢١. أبو داود في كتاب النكاح باب ٤٠. أحمد في مسنده (٢/ ٤٣٩).

(٢) رواه النسائي في كتاب عشرة النساء باب ٢. ابن ماجه في كتاب النكاح باب ٤٧ أحمد في مسنده (٢/ ٢٩٥، ٣٤٧).

فصل: وإن سافرت المرأة بغير إذن الزوج سقط حقها من القسم والنفقة، لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد منعت ذلك بالسفر، وإن سافرت بإذنه ففيه قولان: أحدهما لا يسقط لأنها سافرت بإذنه فأشبه إذا سافرت معه، والثاني لا يسقط لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد عدم الجميع فسقط ما تعلق به كالثمن لما وجب في مقابلة المبيع سقط بعدمه.

فصل: وإن اجتمع عنده حرة وأمة قسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة. لما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال: من نكح حرة على أمة فللحرة ليلتان وللأمة ليلة. والحق في قسم الأمة لها دون المولى لأنه يراد لحظها فلم يكن للمولى فيه حق، فإن قسم للحرة ليلتين ثم أعتقت الأمة فإن كان بعدما أوفاها حقها استأنف القسم لها لأنهما تساويا بعد انقضاء القسم، وإن كان قبل أن يوفيها حقها أقام عندها ليلتين لأنه لم يوفها حقها حتى صارت مساوية للحرة فوجب التسوي بينهما، وإن قسم للأمة ليلة ثم أعتقت، فإن كان بعدما أوفى الحرة حقها سوى بينهما، وأن كان قبل أن يوفي الحرة حقها لم يزد على ليلة لأنهما تساويا فوجب التسوية بينهما.

فصل: وعماد القسم الليل لقوله عز وجل: ﴿**وجعلنا الليل لباساً**﴾ [النبأ: ١٠] قيل في التفسير الإيواء إلى المساكن ولأن النهار للمعيشة والليل للسكون ولهذا قال الله تعالى: ﴿ألم يروا أنا جعلنا الليل ليسكنوا فيه﴾ [النمل: ٨٦] فإن كانت معيشته بالليل فعماد قسمه النهار لأن نهاره كليل غيره، والأولى أن يقسم ليلة ليلة اقتداء برسول الله ﷺ، ولأن ذلك أقرب إلى التسوية في إيفاء الحقوق، فإن قسم ليلتين أو ثلاثاً جاز لأنه في حد القليل، وإن زاد على الثلاث لم يجز من غير رضاهن لأن فيه تغريراً بحقوقهن، فإن فعل ذلك لزمه القضاء للبواقي لأنه إذا قضى ما قسم بحق، فلأن يقضي ما قسم بغير حق أولى. وإذا قسم لها ليلة كان لها الليلة وما يليها من النهار لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ يقسم لكل امرأة يومها وليلتها غير أن سودة وهبت ليلتها لعائشة تبتغي بذلك رضى رسول الله ﷺ. وروي عن عائشة رضي الله عنها قالت: توفي رسول الله ﷺ في بيتي وفي يومي **وبين سحري ونحري** وجمع الله بين ريقي وريقه.

فصل: والأولى أن يطوف إلى نسائه في منازلهن اقتداء برسول الله ﷺ، ولأن ذلك أحسن في العشرة وأصون لهن، وله أن يقيم في موضع ويستدعي واحدة واحدة لأن

الجاهلية، والذي يعزل يكره الولد فشبه به. قوله: (**وجعلنا الليل لباساً**) أي يغطي ويستر كما يغطي اللباس ويستر قوله: (**بين سحري ونحري**) السحر الرئة، وأرادت أنه مات وهو متكئ عليها ﷺ.

المرأة تابعة للزوج في المكان، ولهذا يجوز له أن ينقلها إلى حيث شاء، وإن كان محبوساً في موضع فإن أمكن حضورها فيه لم يسقط حقها من القسم لأنه يصلح للقسم فصار كالمنزل، وإن لم يمكن حضورها فيه سقط القسم لأنه تعذر الاجتماع لعذر. وإن كانت له امرأتان في بلدين فأقام في بلد إحداهما فإن لم يقم معها في منزل لم يلزمه القضاء بالمقام في بلد الأخرى لأن المقام في البلد معها ليس بقسم، وإن أقام معها في منزلها لزمه القضاء للأخرى لأن القسم لا يسقط باختلاف البلاد كما لا يسقط باختلاف المحال.

فصل: ويستحب لمن قسم أن يسوي بينهن في الاستمتاع لأنه أكمل في العدل، فإن لم يفعل جاز لأن الداعي إلى الاستمتاع الشهوة والمحبة و يمكن التسوية بينهن في ذلك ولهذا قال الله عز وجل: ﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حصرتم﴾ [النساء: ١٢٩] قال ابن عباس رضي الله عنه: تعني في الحب والجماع، وقالت عائشة رضي الله عنها: كان رسول الله ﷺ يقسم بين نسائه ويعدل ثم يقول: اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملكه ولا أملكه.

فصل: ولا يجوز أن يخرج في ليلتها من عندها فإن مرض غيرها من النساء وخاف أن يموت وأكرهه السلطان جاز أن يخرج لأنه موضع ضرورة، وعليه القضاء كما يترك الصلاة إذا أكره إلى تركها وعليه القضاء، والأولى أن يقضيها في الوقت الذي خرج لأنه أعدل، وإن خرج في آخر الليل وقضاه في أوله جاز لأن الجميع مقصود في القسم، فإن دخل على غيرها بالليل فوطئها ثم عاد ففيه ثلاثة أوجه: أحدها يلزمه القضاء بليلة لأن الجماع معظم المقصود، والثاني يدخل عليها في ليلة الموطوءة فيطؤها لأنه أقرب إلى التسوية، والثالث أنه لا يقضيها بشيء لأن الوطء غير مستحق في القسم وقدره من الزمان لا ينضبط فسقط. ويجوز أن يخرج في نهارها للمعيشة ويدخل إلى غيرها ليأخذ شيئاً أو يترك شيئاً ولا يطيل، فإن أطال لزمه القضاء لأنه ترك الإيواء المقصود، وإن دخل إلى غيرها لحاجة فقبلها جاز لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: ما كان يوم أو أقل يوم إلا كان رسول الله ﷺ يطوف علينا جميعاً ويقبل ويلمس، فإذا جاء إلى التي هو يومها أقام عندها. ولا يجوز أن يطأها لأنه معظم المقصود فلا يجوز في قسم غيرها فإن وطئها وانصرف ففيه وجهان: أحدهما أنه يلزمه أن يخرج في نهار الموطوءة ويطأها لأنه هو العدل، والثاني لا يلزمه شيء لأن الوطء غير مستحق وقدره من الزمان لا ينضبط فسقط، وإن كان عنده امرأتان فقسم لإحداهما مدة ثم طلق الأخرى قبل أن يقضيها ثم تزوجها لزمه قضاء حقها لأنه تأخر القضاء لعذر وقد زال فوجب كما لو كان عليه دين فأعسر ثم أيسر.

. . . .

فصل: وإن تزوج امرأة وعنده امرأتان أو ثلاث قطع الدور للجديدة، فإن كانت بكراً أقام عندها سبعاً لما روى أبو قلابة عن أنس رضي الله عنه أنه قال: من السنة أن يقيم عند البكر مع الثيب سبعاً. قال أنس: ولو شئت أن أرفعه إلى رسول الله ﷺ لرفعت. وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً أو سبعاً لما روي أن النبي ﷺ تزوج أم سلمة رضي الله عنها وقال: إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وإن شئت ثلثت عندك ودرت» فإن أقام عند البكر سبعاً لم يقض، للباقيات شيئاً، وإن أقام عند الثيب ثلاثاً لم يقض فإن أقام سبعا ففيه وجهان: أحدهما يقضي السبع لقوله ﷺ: «إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن». والثاني يقضي ما زاد على الثلاث لأن الثلاث مستحقة لها فلا يلزمه قضاؤها. وإن تزوج العبد أمة وعنده امرأة قضى للجديدة حق العقد وفي قدره وجهان: قال أبو علي ابن أبي هريرة: هي على النصف كما قلنا في القسم الدائم، وقال أبو إسحاق هي كالحرة لأن قسم العقد للزوج فلم يختلف برقها وحريتها بخلاف القسم الدائم فإنه حق لها فاختلف برقها وحريتها وإن تزوج رجل امرأتين **وزفتا إليه** في وقت واحد أقرع بينهما لتقديم حق العقد كما يقرع للتقديم في القسم الدائم.

فصل: وإن أراد السفر بامرأة أو امرأتين أو ثلاث أقرع بينهن فمن خرجت عليها القرعة سافر بها لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ إذا خرج أقرع بين نسائه فصارت القرعة على عائشة رضي الله عنها وحفصة رضي الله عنها فخرجتا معه جميعاً، ولا يجوز أن يسافر بواحدة من غير قرعة لأن ذلك ميل وترك للعدل، وإن سافر بامرأتين بالقرعة سوى بينهما في القسم كما يسوي بينهما في الحضر، فإن كان في سفر طويل لم يلزمه القضاء للمقيمات لأن عائشة رضي الله عنها لم تذكر القضاء ولأن المسافرة اختصت بمشاقة السفر فاختصت بالقسم، وإن كان في سفر قصير ففيه وجهان: أحدهما لا يلزمه القضاء كما لا يلزمه في السفر الطويل، والثاني يلزمه لأنه في حكم الحضر. وإن سافر ببعضهن بغير قرعة لزمه القضاء للمقيمات لأنه قسم بغير قرعة فلزمه القضاء كما لو قسم لها في الحضر، وإن سافر بامرأة بقرعة إلى بلد ثم عن له سفر أبعد منه يلزمه القضاء لأنه سفر واحد وقد أقرع له، وإن سافر بامرأة بالقرعة وانقضى سفره ثم أقام معها مدة لزمه أن يقضي المدة التي أقام معها بعد انقضاء السفر لأن القرعة إنما تسقط القضاء في قسم السفر، وإن كان عنده امرأتان ثم تزوج بامرأتين **وزفتا إليه** في وقت واحد لزمه أن يقسم لهما حق العقد ولا يقدم إحداهما من غير قرعة، فإن أراد السفر قبل أن يقسم لهما أقرع بين الجميع، فإن خرجت القرعة لإحدى القديمتين سافر بها فإذا قدم قضى حق العقد للجديدتين، وإن خرجت القرعة لإحدى الجديدتين سافر بها ويدخل حق العقد في

قوله: **(زفتا إليه)** الزفاف سير العروس إلى زوجها وزففت العروس أزف بالضم زفا

قسم السفر لأن القصد من قسم العقد الألفة والاستمتاع وقد حصل ذلك. وهل يلزمه أن يقضي للجديدة الأخرى حق العقد فيه وجهان أحدهما لا يلزمه كما لا يلزمه في القسم الدائم، والثاني يلزمه وهو قول أبي إسحاق لأنه سافر بها بعد ما استحقت الأخرى حق العقد فلزمه القضاء كما لو كان عنده أربع نسوة فقسم للثلاث ثم سافر بغير الرابعة بالقرعة قبل قضاء حق الرابعة.

فصل: ويجوز للمرأة أن تهب ليلتها **لبعض ضرائرها** لما روت عائشة رضي الله عنها أن سودة وهبت يومها وليلتها لعائشة رضي الله عنها تبتغي بذلك مرضاة رسول الله ﷺ، ولا يجوز ذلك إلا برضا الزوج لأن حقه ثابت في استمتاعها فلا تملك نقله إلى غيرها من غير رضاه، ويجوز من غير رضا الموهوب لأنه زيادة في حقها ومتى تقسم لها الليلة الموهوبة وجهان: أحدهما تضم إلى ليلتها لأنه اجتمع لها ليلتان فلم يفرق بينهما، والثاني تقسم لها في الليلة التي كانت للواهبة لأنها قائمة مقامها فقسم لها في ليلتها، ويجوز أن تهب ليلتها للزوج لأن الحق بينهما، فإذا تركت حقها صار للزوج ثم يجعلها الزوج لمن شاء من نسائه، ويجوز أن تهب ليلتها لجميع ضرائرها، فإن كن ثلاثاً صار القسم أثلاثاً بين الثلاث، وإن وهبت ليلتها ثم رجعت لم يصح الرجوع فيما مضى لأنه هبة اتصل بها القبض ويصح في المستقبل لأنها هبة لم يتصل بها القبض.

فصل: وإن كان له إماء لم يكن لهن حق في القسم، فإن بات عند بعضهن لم يلمه أن يقضي للباقيات لأنه لا حق لهن في استمتاع السيد، ولهذا يجوز لهن مطالبته بالفيئة إذا حلف أن لا يطأهن ولا خيار لهن بجبه وتعنينه، والمستحب أن لا يعطلهن لأنه إذا عطلهن لم يأمن أن يفجرن، وإن كان عنده زوجات وإماء فأقام عند الإماء لم يلزمه القضاء للزوجات لأن القضاء يجب بقسم مستحق وقسم الإماء غير مستحق فلم يجب قضاؤه كما لو بات عند صديق له.

بـــاب النشـــوز

إذا ظهرت من المرأة أمارات النشوز وعظها لقوله تعالى: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن﴾ ولا يضربها لأنه يجوز أن يكون ما ظهر منه لضيق صدر من غير جهة الزوج، وإن تكرر منها النشوز فله أن يضربها لقوله عز وجل: ﴿واضربوهن﴾ [النساء: ٣٤]

وزفافاً وأزففتها وازدففتها قوله: «**(لبعض ضرائرها)** هو جمع ضرة وسميت بذلك لمخالفتها صاحبتها. والمضارة الاختلاف ومنه الحديث: «لا يضارون في رؤيته» أي لا تخالفون وقيل لأن صاحبتها تستضر بها وتؤذيها.

ومن باب النشوز

أصل النشوز الارتفاع والنشز المكان المرتفع. وقوله تعالى: ﴿واللاتي تخافون

وإن نشزت مرة فيه قولان: أحدهما أنه يهجرها ولا يضربها لأن العقوبات **تختلف باختلاف الجرائم**، ولهذا ما يستحق بالنشوز لا يستحق بخوف النشوز فكذلك ما يستحق بتكرر النشوز لا يستحق بنشوز مرة، والثاني وهو الصحيح أنه يهجرها ويضربها لأنه يجوز أن يهجرها للنشوز فجاز أن يضربها كما لو تكرر منها فأما الوعظ فهو أن يخوفها بالله عز وجل وبما يلحقها من الضرر بسقوط نفقتها، وأما الهجران فهو أن يهجرها في الفراش لما روي عن ابن عباس رضي لله عنه أنه قال في قوله عز وجل: ﴿واهجروهن في المضاجع﴾ [النساء: ٣٤] قال لا تضاجعها في فراشك وأما الهجران بالكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام»[1] وأما الضرب فهو أن يضربها **ضرباً غير مبرح** ويتجنب المواضع المخوفة والمواضع المستحسنة لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بكتاب الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وإن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح»[2]، ولأن القصد التأديب **دون الإتلاف والتشويه**.

فصل: وإن ظهرت من الرجل أمارات النشوز لمرض بها أو كبر سن ورأت أن تصالحه بترك بعض حقوقها من قسم وغيره جاز لقوله عز وجل: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً﴾ [النساء: ١٢٨] وقالت عائشة رضي الله عنها: أنزل الله عز وجل هذه الآية في المرأة إذا دخلت في السن فتجعل يومها لامرأة أخرى فإن ادعى كل واحد منهما النشوز على الآخر أسكنهما الحاكم إلى جنب ثقة ليعرف الظالم منهما فيمنع من الظلم، فإن بلغا إلى الشتم والضرب بعث الحاكم

نشوزهن﴾ [النساء: ٣٤] أي عصيانهن وتعاليهن عما أوجب الله فكأنها ترتفع عن طاعة الزوج ولا تتواضع له قوله: (**تختلف باختلاف الجرائم**) الجرم الذنب وجمعه أجرام والجريمة مثله يقال جرم وأجرم واجترم بمعنى. والجرائر الجنايات واحدها جريرة يقال جر عليه جريرة أي جناية، قوله: (**ضرباً غير مبرح**) أي غير شاق ولا مؤذ يقال برح به الشوق أي اشتد به وجهده. والبر حاء شدة الشوق قال أصحابنا الفقهاء هو ضرب غير مدمن ولا مدمي، والمدمن الدائم والمدمي الذي يخرج منه الدم قوله: (**دون الإتلاف والتشويه**) هو القبح ومنه

---

(١) رواه البخاري في كتاب الأدب باب ٥٧، ٦٢. مسلم في كتاب البر حديث ٢٣، ٢٥. الترمذي في كتاب البر باب ٢١، ٢٤. أحمد في مسنده (١/ ١٧٦، ١٨٣).

(٢) رواه مسلم في كتاب الحج حديث ١٤٧. أبو داود في كتاب المناسك باب ٥٦. ابن ماجه في كتاب المناسك باب ٨٤. أحمد في مسنده (٥/ ٧٣).

حكمين للإصلاح أو التفريق لقوله عز وجل: ﴿**وإن خفتم شقاق بينهما** فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريد إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾ [النساء: ٣٥] واختلف قوله في الحكمين فقال في أحد القولين: هما وكيلان فلا يملكان التفريق إلا بإذنهما لأن الطلاق إلى الزوج وبذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا بإذنهما، وقال في القول الآخر هما حاكمان فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع والتفريق بعوضٍ وغير عوض لقوله عز وجل: ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾ فسماهما حكَمين ولم يعتبر رضا الزوجين، وروى عبيدة أن علياً رضي الله عنه بعث رجلين فقال لهما: أتريان ما عليكما عليكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما فقال الرجل: أما هذا فلا، فقال: كذبت لا والله ولا تبرح حتى ترضى بكتاب الله عز وجل لك وعليك، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله لي وعلي، ولأنه وقع الشقاق واشتبه الظالم منهما فجاز التفريق بينهما من غير رضاهما كما لو قذفها وتلاعنا. والمستحب أن يكون حكماً من أهله وحكماً من أهلها للآية، ولأنه روي أنه وقع بين عقيل بن أبي طالب وبين زوجته شقاق، وكانت من بني أمية فبعث عثمان رضي الله عنه حكماً من أهله وهو ابن عباس رضي الله عنه، وحكماً من أهلها وهو معاوية رضي الله عنه، ولأن الحكمين من أهلهما أعرف بالحال، وإن كان من غير أهلهما جاز لأنهما في أحد القولين وكيلان وفي الآخر حاكمان وفي الجميع يجوز أن يكونا من غير أهلهما، ويجب أن يكونا ذكرين عدلين لأنهما في أحد القولين حاكمان وفي الآخر وكيلان إلا أنه يحتاج فيه إلى الرأي والنظر في الجمع والتفريق ولا يكمل لذلك إلا ذكران عدلان، فإن قلنا إنهما حاكمان لم يجز أن يكونا إلا فقيهين، وإن قلنا إنهما وكيلان جاز أن يكونا من العامة، وإن غاب الزوجان فإن قلنا إنهما وكيلان نفذ تصرفهما كما ينفذ تصرف الوكيل مع غيبة الموكل، وإن قلنا إنهما حاكمان لم ينفذ حكمهما لأن الحكم للغائب لا يجوز، وإن جنا لم ينفذ حكم الحكمين لأنهما في أحد القولين وكيلان والوكالة تبطل بجنون الموكل، وفي القول الآخر حاكمان إلا أنهما يحكمان للشقاق وبالجنون زال الشقاق.

الحديث شاهت الوجوه أي قبحت يقال شاهت تشوه شوها. وشوهه الله فهو مشوه وفرس شوهاء صفة محمودة فيها ويقال يراد سعة أشداقها قوله: (**وإن خفتم شقاق بينهما**) أراد بالشقاق العداوة والخلاف ومنه قوله تعالى: ﴿في عزة وشقاق﴾ [ص: ٢] أي عداوة وخلاف. والشقاق بين الزوجين مخالفة كل واحد منهما صاحبه مأخوذ من الشق وهو الناحية فكأن كل واحد منهما قد صار في ناحية وشق غير شق صاحبه. والحكم ههنا هو القائم بما يسند إليه عن الهروي.

كتـاب الخلـع

إذا كرهت المرأة زوجها لقبح منظر أو سوء عشرة وخافت أن لا تؤدي حقه جاز أن تخالعه على عوض لقوله عز وجل: ﴿فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] وروي أن جميلة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن الشماس وكان يضربها فأتت إلى النبي ﷺ وقالت: لا أنا ولا ثابت وما أعطاني، فقال رسول الله ﷺ: «خذ منها فأخذ منها فقعدت في بيتها» وإن لم تكره منه شيئاً وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز لقوله عز وجل: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً **فكلوه هنيئاً مريئاً**﴾ [النساء: ٤] ولأنه رفع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر فجاز من غير ضرر كالإقالة في البيع. وإن ضربها أو منعها حقها طمعاً في أن تخالعه على شيء من مالها لم يجز لقوله عز وجل: ﴿**ولا تعضلوهن** لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ [النساء: ٢٩] فإن طلقها في هذه الحال على عوض لم يستحق العوض لأنه عقد معاوضة أكرهت عليه بغير حق فلم يستحق فيه العوض كالبيع، فإن كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها لأن **الرجعة** إنما تسقط بالعوض وقد سقط العوض فتثبت الرجعة فيه، فإن زنت فمنعها حقها لتخالعه على شيء من مالها ففيه قولان: أحدهما يجوز ويستحق فيه العوض لقوله عز وجل: ﴿إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ [النساء: ١٩] فدل على أنها إذا أتت بفاحشة جاز عضلها ليأخذ شيئاً من مالها، والثاني أنه لا يجوز ولا يستحق فيه العوض لأنه خلع أكرهت عليه بمنع الحق فأشبه إذا منعها حقها لتخالعه من غير زنا، فأما الآية فقد قيل إنها منسوخة بآية الإمساك في البيوت وهي قوله تعالى: ﴿فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت﴾ [النساء: ١٥] ثم نسخ ذلك بالجلد والرجم، ولأنه روي عن قتادة أنه فسر الفاحشة بالنشوز فعلى هذا إذا كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه.

فصل: ولا يجوز للأب أن يطلق امرأة الابن الصغير بعوض وغير عوض لما روي

ومن كتاب الخلع

أصل الخلع من خلع القميص عن البدن وهو نزعه عنه وإزالته لأنه يزيل النكاح بعد لزومه وكذا المرأة لباس للرجل وهو لباس لها. قال الله تعالى: ﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾ [البقرة: ١٨٧] فإذا تخالعا فقد نزع كل واحد منهما لباسه. قوله: (**فكلوه هنيئاً مريئاً**) أي أكلا هنيئاً بطيب الأنفس ونشاط القلب. يقال هنأني الطعام ويهنؤني فإذا لم نذكر هنأني قلت أمر أني بالهمز أي انهضم. وقد هنأت الطعام أهنؤه هنأ. وقيل هنيئاً لا إثم فيه ومريئاً لا داء فيه، وقيل المريء الذي تصلح عليه الأجسام وتنمي قوله: (**ولا تعضلوهن**) أي تضيقوا عليهن يقال: عضله إذا ضيق عليه وعضل المرأة إذا منعها التزويج.

عن عمر رضي الله عنه أنه قال: إنما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج ولأنه طريق الشهوة فلم يدخل في الولاية، ولا يجوز أن يخلع البنت الصغيرة من الزوج بشيء من مالها لأنه يسقط بذلك حقها من المهر والنفقة والاستمتاع فإن خالعها بشيء من مالها لم يستحق ذلك، وإن كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه، ومن أصحابنا من قال إذا قلنا إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي فله أن يخالعها بالإبراء من نصف مهرها وهذا خطأ لأنه إنما يملك الإبراء على هذا القول بعد الطلاق وهذا الإبراء قبل الطلاق.

فصل: ولا يجوز للسفيهة أن تخالع بشيء من مالها لأنها ليست من أهل التصرف في مالها، فإن طلقها على شيء من مالها لم يستحق ذلك كما لا يستحق ثمن ما باع منها، فإن كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه. ويجوز للأمة أن تخالع زوجها على عوض في ذمتها ويجب دفع العوض من حيث يجب دفع المهر في نكاح العبد لأن العوض في الخلع كالمهر في النكاح فوجب من حيث يجب المهر.

فصل: ويصح الخلع مع غير الزوجة وهو أن يقول رجل طلق امرأتك بألف علي، وقال أبو ثور: لا يصح لأن بذل العوض في مقابلة ما يحصل لغيره سفه، وذلك لا يجوز أن يقول لغيره بع عبدك من فلان بألف علي وهذا خطأ لأنه قد يكون له غرض وهو أن يعلم أنهما على نكاح فاسد أو تخاصم دائم، فيبذل العوض ليخلصهما طلباً للثواب كما يبذل العوض لاستنقاذ أسير أو حر في يد من يسترقه بغير حق، ويخالف البيع فإنه تمليك يفتقر إلى رضا المشتري فلم يصح بالأجنبي والطلاق إسقاط حق لا يفتقر إلى رضا المرأة فصح بالمالك والأجنبي كالعتق بمال، فإن قال طلق امرأتك على مهرها وأنا ضامن فطلقها بانت ورجع الزوج على الضامن بمهر المثل في قوله الجديد، وببدل مهرها في قوله القديم لأنه أزال الملك عن البضع بمال ولم يسلم له وتعذر الرجوع إلى البضع فكان فيما يرجع إليه قولان كما قلنا فيمن أصدق امرأته مالاً فتلف قبل القبض.

فصل: ويجوز الخلع في الحيض لأن المنع من الطلاق في الحيض للضرر الذي يلحقها بتطويل العدة والخلع جعل للضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والتقصير في حق الزوج والضرر بذلك أعظم من الضرر بتطويل العدة فجاز دفع أعظم الضررين بأخفها، ويجوز الخلع من غير حاكم لأنه قطع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر فلم يفتقر إلى الحاكم كالإقالة في البيع.

فصل: ويصح الخلع بلفظ الخلع والطلاق، فإن خالعها بصريح الطلاق أو الكناية مع النية فهو طلاق لأنه لا يحتمل غير الطلاق، وإن خالعها بصريح الخلع نظرت لأنه لم

. . . .

ينو به الطلاق ففيه ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يقع به فرقة وهو قوله في الأم لأنه كناية في الطلاق من غير نية فلم يقع بها فرقة كما لو عريت عن العوض، والثاني أنه فسخ وهو قوله في القديم لأنه جعل للفرقة فلا يجوز أن يكون طلاقاً لأن الطلاق لا يقع إلا بصريح أو كناية مع النية، والخلع ليس بصريح في الطلاق ولا معه نية الطلاق فوجب أن يكون فسخاً، والثالث أنه طلاق وهو قوله في الإملاء وهو اختيار المزني لأنها إنما بذلت العوض للفرقة والفرقة التي يملك إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقاً، فإن قلنا إنه فسخ صح بصريحه وصريحه الخلع والمفاداة لأن المفاداة ورد بها القرآن والخلع ثبت له العرف فإذا خالعها بأحد هذين اللفظين انفسخ النكاح من غير نية، وهل يصح الفسخ بالكناية كالمباراة والتحريم وسائر كنايات الطلاق فيه وجهان: أحدهما لا يصح لأن الفسخ لا يصح تعليقه على الصفات فلم يصح بالكناية كالنكاح، والثاني يصح لأنه أحد نوعي الفرقة فانقسم لفظها إلى الصريح والكناية كالطلاق، فعلى هذا إذا خالفها بشيء من الكنايات لم ينفسخ النكاح حتى ينويا، واختلف أصحابنا في لفظ الفسخ فمنهم من قال هو كناية لأنه لم يثبت له عرف في فرقة النكاح، ومنهم من قال هو صريح لأنه أبلغ في معنى الفسخ من لفظ الخلع، وإن خالع بصريح الخلع ونوى به الطلاق، فإن قلنا بقوله في الإملاء فهو طلاق لأنه إذا كان طلاقاً من غير نية الطلاق فمع النية أولى، وإن قلنا بقوله في الأم فهو طلاق لأنه كناية في الطلاق اقترنت به نية الطلاق، وإن قلنا بقوله في القديم ففيه وجهان: أحدهما أنه طلاق لأنه يحتمل الطلاق وقد اقترنت به نية الطلاق، والثاني أنه فسخ لأنه على هذا القول صريح في فسخ النكاح فلا يجوز أن يكون كناية في حكم آخر من النكاح كالطلاق لما كان صريحاً في فرقة النكاح لم يجز أن يكون كناية في الظهار.

فصل: ويصح الخلع منجزاً بلفظ المعاوضة لما فيه من المعاوضة ويصح معلقاً على شرط لما فيه من الطلاق، فأما المنجز بلفظ المعاوضة فهو أن يوقع الفرقة بعوض وذلك مثل أن يقول طلقتك و أنت طالق بألف، وتقول المرأة قبلت كما تقول في البيع بعتك هذا بألف ويقول المشتري قبلت أو تقول المرأة طلقني بألف فيقول الزوج طلقتك كما يقول المشتري بعني هذا بألف ويقول البائع بعتك، ولا يحتاج أن يعيد في الجواب ذكر الألف لأن الإطلاق يرجع إليه كما يرجع في البيع، ولا يصلح الجواب في هذا إلا على الفور كما نقول في البيع ويجوز للزوج أن يرجع في الإيجاب قبل القبول، وللمرأة أن ترجع في الاستدعاء قبل الطلاق كما يجوز في البيع، وأما غير المنجز فهو أن يعلق الطلاق على

....

ضمان مال أو دفع مال، فإن كان بحرف «إن» بأن قال إن ضمنت لي ألفاً فأنت طالق لم يصح الضمان إلا على الفور لأنه لفظ شرط تحتمل الفور والتراخي إلا أنه لما ذكر العوض صار تمليكاً بعوض فاقتضى الجواب على الفور كالتمليك في المعاوضات، وإن قال إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق لم تصح العطية إلا على الفور بحيث يصلح أن تكون جواباً لكلامه لأن العطية ههنا هي القبول، ويكفي أن تحضر المال وتأذن في قبضه أخذ أو لم يأخذ لأن اسم العطية يقع عليه وإن لم يأخذ ولهذا يقال أعطيت فلاناً مالاً فلم يأخذه، وإن قالت طلقني بألف فقال أنت طالق بألف إن شئت لم يقع الطلاق حتى توجد المشيئة لأنه أضاف إلى ما التزمت المشيئة فلم يقع إلا بها ولا تصح المشيئة إلا بالقول وهو أن تقول على الفور شئت لأن المشيئة وإن كانت بالقلب إلا أنها لا تعرف إلا بالقول فصار تقديره أنت طالق إن قلت شئت ويصح الرجوع قبل الضمان وقبل العطية وقبل المشيئة كما يجوز فيما عقد بلفظ المعاوضة، وإن كان بحرف «متى» و «أي وقت» بأن يقول متى ضمنت لي أو أي وقت ضمنت لي ألفاً فأنت طالق جاز أن يوجد الضمان على الفور **وعلى التراخي**. والفرق بينه وبين قوله إن ضمنت لي ألفاً أن اللفظ هناك عام في الزمانين، ولهذا لو قال إن ضمنت لي الساعة أو إن ضمنت لي غداً جاز فلما اقترن به ذكر العوض جعلناه على الفور قياساً على المعاوضات والعموم يجوز تخصيصه بالقياس، وليس كذلك قوله «متى» و «أي وقت» لأنه نص في كل واحد من الزمانين صريح في المنع من التعيين في أحد الزمانين، ولهذا لو قال أي وقت أعطيتني الساعة كان محالاً وما يقتضيه الصريح لا يترك بالقياس، وإن رجع الزوج في هذ قبل القبول لم يصح لأن حكمه حكم الطلاق المعلق الصفات دون المعاوضات. وإن كان بحرف «إذا» بأن قال إذا ضمنت لي ألفاً فأنت طالق فقد ذكر جماعة من أصحابنا أن حكمه حكم قوله إن ضمنت لي في القضاء الجواب على الفور وفي جواز الرجوع فيه قبل القبول، وعندي أن حكمه حكم «متى» و «أي وقت» لأنه يفيد ما يفيده متى وأي وقت ولهذا إذا قال متى ألقاك جاز أن يقول إذا شئت كما يجوز أن يقول متى شئت، وأي وقت شئت بخلاف إن فإنه لو قال متى ألقاك لم يجز أن يقول إن شئت.

فصل: ويجوز الخلع بالقليل والكثير والدين والعين والمال والمنفعة لأنه عقد على منفعة لبضع فجاز بما ذكرناه كالنكاح، فإن خالعها **على أن تكفل ولده** عشر سنين وبين مدة الرضاع وقدر النفقة وصفتها فالمنصوص أنه يصح فمن أصحابنا من قال فيه قولان

قوله: **(وعلى التراخي)** أي التوسع من غير تضييق من قولهم فلان رخي البال أي واسع الحال. قوله: **(على أن تكفل ولده)** أي تربيه وتحضنه وقد ذكر أيضاً .

لأنها صفقة جمعت بيعاً وإجارة، ومنهم من قال يصح قولاً واحداً لأن الحاجة تدعو إلى الجمع بينهما لأنه إذا أفرد أحدهما لم يمكنه أن يخالع على الآخر وفي غير الخلع يمكنه أن يفرد أحدهما ثم يعقد على الآخر، وإن مات الولد بعد الرضاع ففي النفقة وجهان: أحدهما أنها تحل لأنها تأجلت لأجله وقد مات، والثاني لا تحل لأن الدين إنما يحل بموت من عليه دون من له.

فصل: وإن خالعها خلعاً **منجزاً** على عوض ملك العوض بالعقد وضمن بالقبض كالصداق فإن كان عيناً فهلكت قبل القبض أو خرج مستحقاً أو على عبد فخرج حراً أو على خل فخرج خمراً رجع إلى مهر المثل في قوله الجديد وإلى بدل المسمى في قوله القديم كما قلنا في الصداق، وإن خالعها على أن ترضع ولده فماتت فهو كالعين إذا هلكت قبل القبض، وإن مات الولد ففيه قولان: أحدهما يسقط الرضاع ولا يقوم غير الولد مقامه لأنه عقد في قوله الجديد وإلى أجرة الرضاع في قوله القديم والقول الثاني أنه لا يسقط الرضاع بل يأتيها بولد آخر لترضعه لأن المنفعة باقية، وإن مات المستوفي قام غيره مقامه كما لو اكترى ظهراً ومات فإن الوارث يقوم مقامه، فعلى هذا إن لم يأت بولد آخر حتى مضت المدة ففيه وجهان: أحدهما لا يرجع عليها لأنها مكنته من الاستيفاء فأشبه إذا أجرته داراً وسلمتها إليه فلم يسكنها، والثاني يرجع عليها لأن المعقود عليه تحت يدها فتلف من ضمانها كما لو باعت منه شيئاً وتلف قبل أن يسلم فعلى هذا يرجع بمهر المثل في قوله الجديد، وبأجرة الرضاع في قوله القديم. وإن خالعه على خياطة ثوب فتلف الثوب فهل تسقط الخياطة أو يأتيها بثوب آخر لتخيطه فيه وجهان بناء على القولين في الرضاع.

فصل: ويجوز رد العوض فيه بالعيب لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والصداق، فإن كان العقد على عين بأن طلقها على ثوب أو قال إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق فأعطته ووجد به عيباً فرده رجع إلى مهر المثل في قوله الجديد، وإلى بدل العين سليماً في قوله القديم كما ذكرناه في الصداق، وإن كان الخلع منجزاً على عوض موصوف في الذمة فأعطته ووجده معيباً فرده طالب بمثله سليماً كما قلنا فيمن أسلم في ثوب وقبضه ووجده معيباً فرده، وإن قال إن دفعت إلي عبداً من صفته كذا وكذا فأنت طالق فدفعت إليه عبداً على تلك الصفة طلقت، فإن وجده معيباً فرده رجع في قوله الجديد إلى مهر المثل، وإلى بدل العبد في قوله القديم لأنه تعين بالطلاق فصار كما لو خالعها على عين فردها بالعيب ويخالف إذا كان موصوفاً في الذمة

قوله: (**منجزاً**) أي معجلاً غير مؤجل.

في خلع منجز فقبضه ووجد به عيباً فرده لأنه لم يتعين بالعقد ولا بالطلاق فرجع إلى ما في الذمة، وإن خالعها على عين على أنها على صفة فخرجت على دون تلك الصفة ثبت له الرد كما قلنا في البيع، فإذا رده رجع إلى مهر المثل في أحد القولين وإلى بدل المشروط في القول الآخر كما قلنا فيما رده بالعيب.

فصل: ولا يجوز الخلع على محرم ولا على ما فيه غرر كالمجهول، ولا ما لم يتم ملكه عليه ولا ما لا يقدر على تسليمه لأنه عقد معاوضة فلم يجز على ما ذكرناه كالبيع والنكاح، فإن طلقها على شيء من ذلك وقع الطلاق لأن الطلاق يصح مع عدم العوض فصح مع فساده كالنكاح، ويرجع عليها بمهر المثل لأنه تعذر رد البضع فوجب رد بدله كما قلنا فيمن تزوج على خمر أو خنزير فإن خالعها بشرط فاسد بأن قالت طلقني بألف بشرط أن تطلق ضرتي فطلقها وقع الطلاق ويرجع عليها بمهر المثل لأن الشرط فاسد، فإذا سقط وجب إسقاط ما زيد في البدل لأجله وهو مجهول فصار العوض فيه مجهولاً فوجب مهر المثل، فإن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق على ألف ففيه وجهان: أحدهما يصح لأنه تعليق طلاق بشرط، والثاني لا يصح لأنه عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع فعلى هذا إذا وجد الشرط وقع الطلاق ورجع عليها بمهر المثل.

فصل: فإذا خالع امرأته لم يلحقها ما بقي من عدد الطلاق لأنه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية ولا يملك رجعتها في العدة، وقال أبو ثور: إن كان بلفظ الطلاق فله أن يراجعها لأن الرجعة من مقتضى الطلاق، بل يسقط بالعوض كالولاء في العتق وهذا خطأ لأنه يبطل به إذا وهب بعوض، فإن الرجوع من مقتضى الهبة وقد سقط بالعوض، ويخالف الولاء فإن إثباته لا يملك ما اعتاض عليه من الرق وبإثبات الرجعة يملك من اعتاض عليه من البضع.

فصل: وإن طلقها بدينار على أن له **الرجعة** سقط الدينار وثبتت له الرجعة، وقال المزني يسقط الدينار والرجعة ويجب مهر المثل كما قال الشافعي فيمن خالع امرأة على عوض وشرطت المرأة أنها متى شاءت استرجعت الغوص وثبتت الرجعة أن العوض يسقط ولا تثبت الرجعة وهذا خطأ لأن الدينار والرجعة شرطان متعارضان فسقطا وبقي طلاق مجرد فثبتت معه الرجعة، فأما المسألة التي ذكرها الشافعي رحمه الله فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين، ومنهم من قال لا تثبت الرجعة هناك لأنه قطع الرجعة في الحال وإنما شرطت أن تعود فلم تعد وههنا لم يقطع الرجعة فثبتت.

قوله: **(الرجعة)** مأخوذة من الرجوع إلى الشيء بعد تركه مستعمل معروف.

فصل: وإن وكلت المرأة في الخلع ولم تقدر العوض فخالع الوكيل بأكثر من المثل لم يلزمها إلا مهر المثل لأن المسمى عوض فاسد بمقتضى الوكالة فسقط ولزم مهر المثل كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد، فإن قدرت العوض بمائة فخالع عنها على أكثر منها ففيه قولان: أحدهما يلزمها مهر المثل لما ذكرناه، والثاني يلزمها أكثر الأمرين من مهر المثل أو المائة، فإن كان مهر المثل أكثر وجب لأن المسمى سقط لفساده ووجب مهر المثل، وإن كانت المائة أكثر وجبت لأنها رضيت بها، وأما الوكيل فإنه إن ضمن العوض في ذمته رجع الزوج عليه بالزيادة لأنه ضمنها بالعقد، وإن لم يضمن بأن أضاف إلى مال الزوجة لم يرجع عليه بشيء، فإن خالع على خمر أو خنزير وجب مهر المثل لأن المسمى سقط فوجب مهر المثل، فإن وكل الزوج في الخلع ولم يقدر العوض فخالع الوكيل بأقل من مهر المثل فقد نص فيه على قولين: قال في الإملاء يقع ويرجع عليه بمهر المثل، وقال في الأم الزوج بالخيار بين أن يرضى بهذا العوض ويكون **الطلاق بائناً** وبين أن يرده ويكون الطلاق رجعياً، وقال فيمن وكل وقدر العوض فخالع على أقل منه أن الطلاق لا يقع، فمن أصحابنا من نقل القولين في الوكالة المطلقة إلى الوكالة التي قدر فيها العوض، والقول في الوكالة التي قدر فيها العوض إلى الوكالة المطلقة وهو الصحيح عندي لأن الوكالة المطلقة تقتضي المنع من النقصان عن المقدر فيكون في المسألتين ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يقع الطلاق لأنه طلاق أوقعه على غير الوجه المأذون فيه فلم يقع كما لو وكله في الطلاق في يوم فأوقعه في يوم آخر، والثاني أنه يقع الطلاق بائناً ويجب مهر المثل لأن الطلاق مأذون فيه، فإذا وقع لم يرد والمسمى فاسد فوجب مهر المثل كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد، والثالث أن الطلاق يقع لأنه مأذون فيه وإنما قصر في البدل فثبت له الخيار بين أن يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائناً وبين أن يرد ويكون الطلاق رجعياً لأنه لا يمكن إجبار الزوج على المسمى لأنه دون المأذون فيه ولا يمكن إجبارها على مهر المثل فيما أطلق ولا على الذي نص عليه من المقدر لأنها لم ترض به فخير بين الأمرين ليزول الضرر عنهما، ومن أصحابنا من قال فيما قدر العوض فيه لا يقع الطلاق لأنه خالف نصه، وفيما أطلق يقع الطلاق لأنه لم يخالف نصه وإنما خالفه من جهة الاجتهاد وهذا يبطل بالوكيل في البيع فإنه لا فرق بين أن يقدر له الثمن فباع بأقل منه وبين أن يطلق فباع بما دون ثمن المثل، وإن خالعها على خمر أو خنزير لم يقع الطلاق لأنه طلاق غير مأذون فيه ويخالف وكيل المرأة فإنه لا يوقع الطلاق وإنما يقبله فإذا كان العوض فاسداً سقط ورجع إلى مهر المثل.

قوله: (**الطلاق بائناً**) مأخوذ من البين وهو الفرقة والبعيد يقال بان يبين إذا فارق موضعه وزايله.

فصل: وإذا خالع امرأة في مرضه ومات لم يعتبر البدل من الثلث سواء حابى أولم يحاب لأنه لاحق للورثة في بضع المرأة ولهذا لو طلق من غير عوض لم تعتبر قيمة البضع من الثلث، فإن خالعت المرأة زوجها في مرضها وماتت فإن لم يزد العوض على مهر المثل اعتبر من رأس المال لأن الذي بذلت بقيمة ما ملكته فأشبه إذا اشترت متاعاً بثمن المثل، وإن زاد على مهر المثل اعتبرت الزيادة من الثلث لأنه لا يقابلها بدل فاعتبرت من الثلث كالهبة، فإن خالعت على عبد قيمته مائة ومهر مثلها خمسون فقد حابت بنصفه فلم يخرج النصف من الثلث بأن كان عليها ديون تستغرق قيمة العبد، فالزوج بالخيار بين أن يقر العقد في العبد فيستحق نصفه وبين أن يفسخ العقد فيه ويستحق مهر المثل ويضرب به مع الغرماء لأن الصفقة تبعضت عليه، وإن خرج النصف من الثلث أخذ جميع العبد نصفه بمهر المثل ونصفه بالمحاباة، ومن أصحابنا من قال هو بالخيار بين أن يقر العقد في العقد بين أن يفسخ العقد فيه ويستحق مهر المثل لأنه تبعضت عليه الصفقة من طريق الحكم لأنه دخل على أن يكون جميع العبد له عوضاً وقد صار نصفه عوضاً ونصفه وصية، والمذهب الأول لأن الخيار إنما يثبت بتبعيض الصفقة لما يلحقه من الضرر لسوء المشاركة ولا ضرر عليه ههنا لأنه صار جميع العبد له فلم يثبت له الخيار.

باب جامع في الخلع

إذا قالت المرأة للزوج طلقني على ألف فقال خالعتك أو حرمتك أو أبنتك على ألف ونوى الطلاق صح الخلع، وقال أبو علي بن خيران: لا يصح لأنها سألت الطلاق بالتصريح فالباب بالكناية والمذهب الأول لأنها استدعت الطلاق والكناية مع نية طلاق، فإن قالت طلقني بألف فقال خالعتك بألف ولم ينو الطلاق وقلنا إن الخلع فسخ لم تستحق العوض لأنها استدعت فرقة نقص بها العاد ولم يجبها إلى ذلك، فإن قالت اخلعني، فقال طلقتك وقلنا إن الخلع فسخ ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لأنه لم يجب إلى ما سألت فهو كالقسم قبله، والثاني يصح وهو المذهب لأنها استدعت فرقة لا ينقص بها العدد فأجاب إلى فرقة ينقص بها العد فحصل لها ما طلبت وزيادة.

فصل: وإن قالت طلقني ثلاثاً ولك علي ألف فطلقها طلقة استحق ثلث الألف لأنها جعلت الألف في مقابلة الثلاث فكان في مقابلة كل طبقة ثلث الألف، وإن طلقها طلقة ونصفاً ففيه وجهان: أحدهما يستحق ثلثي الألف لأنها طلقت طلقتين، والثاني يستحق نصف الألف لأنه أوقع نصف الثلاث وإن أكملت بالشرع لا بفعله، فإن قال إن أعطيتني

باب جامع في الخلع

قوله: **(وإذا فقأ عين الأعور)** يقال فقأ عينه فقأ وفقأتها تفقئة إذا بخقتها وشققتها.

ألفاً فأنت طالق ثلاثاً فأعطته بعض الألف لم يقع شيء لأن ما كان من جهته طريقه الصفات ولم توجد الصفة فلم يقع وما كان من جهتها طريقه الأعواض فقسم على عدد الطلاق، وإن بقيت له على امرأته طلقة فقالت له طلقني ثلاثاً ولك علي ألف فطلقها واحدة فالمنصوص أنه يستحق الألف. واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس وأبو إسحاق: المسألة مفروضة في امرأة علمت أنه لم يبق له لا طلقة فيكون معنى قولها طلقني ثلاثاً أي كمل لي الثلاث كرجل أعطى رجلاً نصف درهم فقال له أعطني درهماً أي كمل لي درهماً، وأما إذا ظنت أن لها الثلاث لم يجب أكثر من ثلث الألف لأنها بذلت الألف في مقابلة الثلاث فوجب أن يكون لكل طلقة ثلث الألف، ومن أصحابنا من قال يستحق الألف بكل حال لأن القصد من الثلاث تحريمها إلى أن تنكح زوجاً غيره وذلك يحصل بهذه السلفة فاستحق بها الجميع، وقال المزني رحمه الله: لا يستحق إلا ثلث الألف علمت أو لم تعلم لأن التحريم يتعلق بها وبطلقتين قبلها كما إذا شرب ثلاثة أقداح فسكر كان السكر بالثلاث، **وإذا فقأ عين الأعور** كان العمى بفقء الباقية وبالمفقوءة قبلها وهذا خطأ لأن لكل قدح تأثيراً في السكر ولذهاب العين الأولى تأثيراً في العمى ولا تأثير للأولى والثانية في التحريم لأنه لو كان لهما تأثير في التحريم لكمل لأنه لا يتبعض، وإن ملك عليها ثلاث تطليقات، فقالت له طلقني بألف فطلقها ثلاثاً استحق الألف لأنه فعل ما طلبته وزيادة فصار كما لو قال من رد عبدي فلاناً فله دينار فرده مع عبدين آخرين فإن قالت طلقني عشراً بألف فطلقها واحدة ففيه وجهان: أحدهما يجب عشر الألف لأنها جعلت لكن طلقه عشر الألف والثاني يجب له ثلث الألف لأن ما زاد على الثلاث لا يتعلق به حكم، وإن طلقها ثلاثاً فله على الوجه الأول ثلاثة أعشار الألف، وعلى الوجه الثاني له جميع الألف، وإن بقيت له طلقة فقالت له: طلقني ثلاثاً على ألف طلقة أحرم بها عليك وطلقتين في نكاح آخر إذا نكحتني فطلقها لثلاث وقعت طلقة ولا يصح ما زاد لأنه سلف في الطلاق ولأنه طلاق قبل النكاح، فإن قلنا إن الصفقة لا تفرق فقال المسمى ووجب مهر المثل، وإن قلنا نفرق الصفقة ففيما يستحق قولان: أحدهما ثلث الألف، والثاني جميع الألف كما قلنا في البيع.

فصل: وإن قال أنت طالق على ألف وطالق وطالق لم تقع الثانية والثالثة لأنها بانت بالأولى، وإن قال أنت طالق وطالق وطالق على ألف وقال أردت الأولى بالألف لم يقع ما بعدها لأنها بانت بالأولى، وإن قال أردت الثانية بالألف فإن قلنا يصح خلع الرجعية وقعت الأولى رجعية وبانت بالثانية ولم تقع الثالثة، وإن قلنا لا يصح خلع الرجعية وقعت

....

الأولى رجعية أو الثانية رجعية وبانت بالثالثة، وإن قال أردت الثالثة بالألف فقد ذكر بعض أصحابنا أنه يصح ويستحق الألف قولاً واحداً لأنه يحصل بالثالثة من التحريم ما لا يحصل بغيرها، وعندي أنه لا يستحق الألف على القول الذي يقول إنه لا يصح خلع الرجعية لأن الخلع يصادف رجعية، وإن قال أردت الثلاث بالألف لم تقع الثانية والثالثة لأن الأولى وقعت بثلث الألف وبانت بها فلم يقع ما بعدها.

فصل: وإن قال أنت طالق وعليك ألف طلقت ولا يستحق عليها شيئاً لأنه أوقع الطلاق من غير عوض ثم استأنف إيجاب العوض من غير طلاق، فإن كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجع لأنه طلق من غير عوض، وإن قال أنت طالق على أن عليك ألفاً فقبلت صح الخلع ووجب المال لأن تقديره أنت طالق على ألف فإذا قبلت وقع الطلاق ووجب المال.

فصل: إذا قال إن دفعت إلي ألف درهم فأنت طالق **فإن نويا صنفاً من الدراهم** صح الخلع وحمل الألف على ما نويا لأنه عوض معلوم، وإن لم ينويا صنفاً نظرت، فإن كان في موضع فيه نقد غالب حمل العقد عليه لأن إطلاق العوض يقتضي نقد البلد كما تقول في البيع، وإن لم يكن فيه نقد غالب فدفعت إليه ألف درهم بالعدد دون الوزن لم تطلق لأن الدراهم في عرف الشرع بالوزن، وإن دفعت إليه **ألف درهم نقرة** لم تطلق لأنه لا يطلق اسم الدراهم على النقرة، وإن دفعت إليه ألف درهم فضة طلقت لوجود الصفة، ويجب ردها لأن العقد وقع على عوض مجهول، ويرجع بمهر المثل لأنه تعذر الرجوع إلى المعوض فوجب بدله، وإن دفعت إليه دراهم مغشوشة فإن كانت الفضة فيها تبلغ ألف درهم طلقت لوجود الصفة وإن كانت الفضة فيها ألف درهم لم تطلق لأن الدراهم لم تطلق إلا على الفضة.

فصل: وإن قال إن أعطيتني عبداً فأنت طالق فأعطته عبداً تملكه طلقت سليماً كان أو معيباً قناً كان أو مدبراً لأن اسم العبد يقع عليه ويجب رده والرجوع بمهر المثل لأنه عقد وقع على مجهول، وإن دفعت إليه مكاتباً أو مغصوباً لم تطلق لأنها لا تملك العقد عليه، وإن قال إن أعطيتني هذا العبد فأنت طالق فأعطته وهو مغصوب ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة أنها لا تطلق كما لو خالعها على عبد غير معين فأعطته عبداً مغصوباً، والثاني وهو المذهب أنها تطلق لأنها أعطته ما عينه ويخالف إذا خالعها على عبد غير معين لأن هناك أطلق العقد فحمل على ما يقتضيه العقد والعقد يقتضي دفع عبد تملكه.

قوله: **(فإن نويا صنفاً من الدراهم)** أي نوعه ويقال صنف وصنف بالفتح والكسر قوله: **(ألف درهم نقرة)** أراد ههنا غير مسكوكة.

فصل: وإن اختلف الزوجان، فقال الزوج طلقتك على مال وأنكرت المرأة بانت بإقراره ولم يلزمها المال لأن الأصل عدمه، وإن قال طلقتك بعوض فقالت طلقتني بعوض بعد مضي الخيار بانت بإقراره والقول في العوض قولها لأن الأصل براءة ذمتها وإن اختلفا في قدر العوض أو في عينه أو في صفته أو في تعجيله أو في تأجيله تحالفا لأنه عوض في عقد معاوضة فتحالفا فيه على ما ذكرناه كالبيع فإذا تحالفا لم يرتفع الطلاق وسقط المسمى ووجب مهر المثل كما لو اختلفا في ثمن السلعة بعد ما تلفت في يد المشتري، وإن خالعها على ألف درهم واختلفا فيما نويا فادعى أحدهما صنفاً وادعى الآخر صنفاً آخر تحالفا ومن أصحابنا من قال لا يصح للاختلاف في النية لأن ضمائر القلوب لا تعلم، والأول هو المذهب لأنه لما جاز أن تكون النية كاللفظ في صحة العقد عند الاتفاق وجب أن تكون كاللفظ عند الاختلاف ولأنه قد يكون **بينهما أمارات** يعرف بها ما في القلوب، ولهذا يصح الاختلاف في كنايات القذف والطلاق، وإن قال أحدهما خالعت على ألف درهم وقال الآخر خالعت على ألف مطلق تحالفا لأن أحدهما يدعي الدراهم والآخر يدعي مهر المثل، وإن بقيت له طلقة فقالت له طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها قلنا إنها إن علمت ما بقي استحق الألف وإن لم تعلم لم يستحق إلا ثلث الألف، وإن اختلفا فقالت المرأة نعم أعلم، وقال الزوج: بل علمت تحالفا ورجع الزوج إلى مهر المثل لأنه اختلاف في عوض الطلقة وهي تقول بذلت ثلث الألف في مقابلتها وهو يقول بذلت الألف.

فصل: وإن قال خالعتك على ألف وقالت بل خالعت غيري بانت المرأة لاتفاقهما على الخلع، والقول في العوض قولها لأنه يدعي عليها حقاً والأصل عدمه، وإن قال خالعتك على ألف وقالت خالعتني على ألف ضمنها عني زيد لزمها الألف لأنها أقرت به ولا شيء على زيد إلا أن يقر به، وإن قال خالعتك على ألف في ذمتك فقالت بل خالعتني على ألف لي في ذمة زيد تحالفا لأن الزوج يدعي عوضاً في ذمتها وهي تدعي عوضاً في ذمة غيرها وصار كما لو ادعى أحدهما أن العرض عنده وادعى آخر أنه عند الآخر.

قوله: (**بينهما أمارات**) أي علامات ووقت واحدتها أمارة ويقال أيضاً أمارة وأمار وأنشد الأصمعي للعجاج:

إذا ردها بكيدها فارتدت ... إلى أمار وأمار مدتي

الفهرست